

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUCAS NUNES QUIRINO**

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA**

**Florianópolis, 2013.**

**LUCAS NUNES QUIRINO**

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA**

**Monografia submetida à Universidade Federal  
de Santa Catarina para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira**

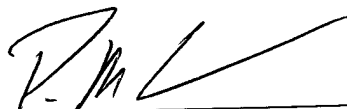
**Florianópolis, 2013.**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

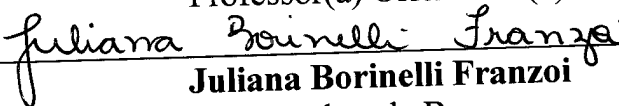
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A distribuição do ônus da prova no projeto do novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do acesso à Justiça**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Lucas Nunes Quirino**, defendida em **03/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

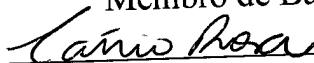
Florianópolis, 3 de Dezembro de 2013



\_\_\_\_\_  
**Pedro Miranda de Oliveira**  
Professor(a) Orientador(a)



\_\_\_\_\_  
**Juliana Borinelli Franzoi**  
Membro de Banca



\_\_\_\_\_  
**Cassia Rosa**  
Membro de Banca

Dedico a presente monografia aos injustamente vencidos no jogo do processo.

Que suas perdas sejam remediáveis; e seu descrédito, redimido.

## **AGRADECIMENTOS**

A conclusão da presente monografia representa o término de cinco anos dedicados à faculdade de Direito, e este fato constato não só com vitoriosa satisfação, própria de uma grande conquista, mas também, como não poderia deixar de ser, com certo pesar – a saudade que já se antecipa.

A opção pelo Direito foi uma escolha temerária; a permanência, por outro lado, no curso, foi uma aposta consciente e convicta. O resultado é incontestavelmente uma vitória, atribuível ao meu esforço pessoal, mas certamente não só a ele, dado que, nestes cinco anos que se despedem, em nenhum momento estive verdadeiramente sozinho.

Há muitas pessoas que comigo contribuíram – seja com o incentivo, com o suporte ou mesmo com a companhia nos momentos certos (cada qual de alguma maneira, pois) – e que, dessa forma, concorreram para que o tempo e o esforço investidos na graduação em Direito (e em especial os meses dedicados especificamente à elaboração deste trabalho) resultassem em algo que me valeu decerto a pena e que me traz verdadeiro orgulho.

Assim, por este trabalho, agradeço:

À Universidade Federal de Santa Catarina;

Aos servidores e aos professores do Departamento de Direito da UFSC;

Ao Professor Pedro Miranda de Oliveira, pela orientação no desenvolvimento deste trabalho;

A todos os colegas das turmas de Direito da UFSC ingressas no primeiro semestre de 2009;

Aos estimados colegas de trabalho da Seção de Registro e Informação, do Tribunal de Justiça, pelo companheirismo diário;

Aos demais colegas da Administração do Tribunal de Justiça de Santa Catarina;

Ao procurador da República Eduardo Barragan, ao antropólogo Marcos e aos servidores Tryci, Airton e Reis, que muito me ensinaram durante os quase dois anos de estágio na Procuradoria da República em Santa Catarina;

Aos meus tios e primos dos estados do Paraná e de São Paulo; à minha avó, Joana Ponte Nunes;

Aos amigos da banda Caraudácia: Guilherme e Pepê (a quem, ademais, desejo todo o sucesso que merecem);

Aos amigos Lucas Malaguti, Lucas Grisotto, Lucas Oliveira, Adônis, Tomás, Belinha, Ian, Leonardo, Yuri e Thiago;

Às amigas Bruna, Dayane, Gabi e Marília; aos amigos Gabriel, Diogo e Sandro; ao pequeno Inácio;

Às amigas e parceiras Nayara e Jéssica, e aos clientes aos quais prestamos atendimento no Escritório Modelo de Assistência Jurídica da UFSC (que de alguma forma também contribuíram para a nossa formação);

Por fim, agradeço acima de tudo à minha família – Regina, Germano e Mateus –, por muito mais do que eu poderia enumerar aqui, mas, quanto à presente monografia, particularmente por terem contribuído para a minha formação e, com isso, terem-me fornecido a raríssima oportunidade de escolher amplamente o que fazer da vida. Com toda convicção, sou certo de que não tenho, na vida, felicidade maior do que a de pertencer à família à qual pertenço.

A todos, os meus mais sinceros agradecimentos. Muito obrigado!

Florianópolis, 12 de dezembro de 2013.

Processo e jogo, papel timbrado e a cartas de baralho... É necessário, advogados e juízes, fazer o impossível para que assim não seja: e para que verdadeiramente o processo sirva à justiça. Mas não há que se ignorar que é outra a realidade psicológica, tão sombria inclusive quando parece sorridente, que cheia de tornadiça e turva inquietude humana as quadradas gavetas do direito processual: cujo estudo é abstração estéril, se não é também o estudo do homem vivo (*Piero Calamandrei*).

Na renovação do direito processual, tem de diminuir o caráter pleiteante, guerreiro, da ação posta em juízo, porque não se compadece mais com o estado atual, iniciado, mas já expressivo, de solidariedade social e de solução sociológica aos problemas humanos. [...] Finalmente, *é preciso que a civilização se corrija e recomponha de modo que não fiquem fora dela, afastados de seus benefícios, qualquer quantidade de homens e quaisquer povos*; e tão urgente e necessária é esta reforma, reclamada pelos fatos, com a ameaça de recuos históricos assaz lamentáveis, quanto é insuportável a injusta situação atual que da civilização e dos benefícios dela separa, com barreiras de sujeição e grilhões da ordem econômico-jurídica, a maioria dos homens. Repitamos a expressão e pesemos-lhe a importância: a maioria dos homens! (*Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda*).

## RESUMO

A presente monografia objetiva analisar de que modo o regramento da distribuição do ônus da prova do Projeto do Novo Código de Processo Civil - o qual, como principal inovação, contempla a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova - deve contribuir para a realidade da produção probatória e da cognição no âmbito do processo e, conseqüentemente, para o fornecimento pela Justiça de respostas mais adequadas às situações concretas trazidas à sua apreciação. Para tanto, busca-se expor a finalidade da prova no processo e a sua inter-relação com as noções de "cognição" e de "verdade" nas acepções próprias da atividade processual, para, a partir disso, expor os prejuízos ocasionados, sob o prisma do acesso à Justiça, pela disciplina deficitariamente inflexível da distribuição do ônus da prova constante da legislação atual. Busca-se ainda analisar de que modo a jurisprudência, com base na Constituição e na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, têm se posicionado quanto à aplicabilidade da distribuição fixa do ônus da prova perante determinadas situações de dificuldade probatória. Por fim, pretende-se o estudo de cada uma das modalidades de distribuição do ônus da prova constantes do regramento do Projeto do Novo Código de Processo Civil e, especificamente com relação à distribuição judicial do ônus da prova, a identificação do momento processual adequado, das hipóteses de admissibilidade e demais requisitos estabelecidos para que seja possível a sua aplicação.

Palavras-chave: ônus da prova. Acesso à Justiça. Projeto do Novo Código de Processo Civil.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1. PROVA, COGNIÇÃO E VERDADE EM DIREITO.....</b>	<b>15</b>
1.1. PROVA EM DIREITO: NOÇÕES PRELIMINARES.....	15
1.1.1. Definição de <i>prova</i> e de <i>prova judicial</i> .....	15
1.1.2. Prova no direito material e no processual.....	18
1.1.3. Conceito de ônus da prova.....	20
1.1.4. Sistemas de valoração da prova judicial.....	23
1.1.5. Classificações da prova judicial.....	24
1.1.5.1. A prova “diabólica”.....	25
1.2. A PROVA NA HISTÓRIA DO DIREITO.....	27
1.2.1. A prova judicial na civilização romana.....	28
1.2.2. A prova judicial durante a Idade Média.....	30
1.2.3. O resgate da cultura jurídica romana e a prova judicial na Modernidade.....	34
1.3. COGNIÇÃO E VERDADE NO PROCESSO.....	37
1.3.1. A cognição judicial.....	37
1.3.2. Cognição e verdade em sentido amplo.....	39
1.3.3. Caracterização geral dos limites inerentes à cognição judicial.....	41
1.3.3.1. A vinculação da cognição à finalidade da atividade processual.....	42
1.3.3.2. A intemporalidade da atividade cognitiva no processo.....	44
1.3.3.3. O método legal da comprovação judicial.....	45
1.3.3.4. O método legal da comprovação judicial e o art. 333 do Código de Processo Civil.....	47
<b>2. A PROVA COMO FATOR CONDICIONANTE AO ACESSO À JUSTIÇA.....</b>	<b>49</b>
2.1. ACESSO À JUSTIÇA: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	49
2.1.1. O acesso à Justiça enquanto direito social.....	51
2.1.2. O acesso à Justiça enquanto metaprincípio constitucional processual.....	53
2.1.3. As “ondas” renovatórias do acesso à Justiça.....	56
2.1.4. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e acesso à Justiça.....	63
2.2. A QUESTÃO DA PROVA IMPOSSÍVEL E O ACESSO À JUSTIÇA.....	66
2.2.1. A prova impossível como limite ontológico do processo judicial.....	66
2.2.2. A adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova enquanto proposição da terceira “onda” do movimento renovatório do acesso à Justiça.....	68
2.3. AS SOLUÇÕES JURISPRUDENCIAIS PARA O AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	72
<b>3. O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>83</b>
3.1. OS MOTIVOS ENSEJADORES DE UM NOVO CÓDIGO E A TRAMITAÇÃO DO PROJETO.....	83
3.2. PRINCIPIOLOGIA, ESTRUTURA E PRINCIPAIS INOVAÇÕES.....	87
3.3. O REGRAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	90
3.3.1. Distribuição legal do ônus da prova (art. 380, <i>caput</i> e incs. I e II).....	91
3.3.2. Distribuição judicial do ônus da prova (art. 380, §§1º e 2º).....	95
3.3.2.1. A distribuição judicial do ônus da prova no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.....	95

3.3.2.2. Requisitos e pressupostos para a distribuição judicial do ônus da prova na versão atual do projeto.....	100
3.3.2.2.1. Impossibilidade ou excessiva dificuldade da prova.....	102
3.3.2.2.2. Maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.....	103
3.3.2.2.3. Não ocorrência de impossibilidade ou excessiva dificuldade probatória do fato contrário.....	104
3.3.2.2.4. Fundamentação da decisão e concessão de oportunidade à parte desfavorecida de desincumbir-se do ônus atribuído.....	105
3.3.2.3. Momento processual (art. 364, inc. III, 380, §1º, e 1.028, XIII).....	105
3.3.3. Distribuição convencional do ônus da prova (art. 380, §§3º e 4º).....	108
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>110</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>119</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia toma como objeto de estudo o regramento estabelecido no Projeto do Novo Código de Processo Civil para a distribuição do ônus da prova, sendo o objetivo principal o de expor de que modo tal alteração legislativa – que, de per si, se restringe a apenas um artigo em relação aos dispositivos correspondentes do atual Código de Processo Civil – vem representar um grande avanço para o Direito Processual Civil no Brasil, particularmente sob a perspectiva da efetividade da prestação jurisdicional e – reconhecendo-se o pleonasma – do acesso *efetivo* à Justiça.

A alteração legislativa em questão, consubstanciada no art. 380, *caput* e parágrafos, da Emenda Aglutinativa Substitutiva Global ao Projeto de Lei nº 8.046/2010<sup>1</sup>, traz como ponto central a inserção, de forma expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual permite ao julgador, em determinadas hipóteses e sob certas condições, excepcionar a distribuição do ônus da prova determinada abstratamente pela lei para redistribuí-lo de acordo com a situação concreta sob análise, levando-se em conta as possibilidades probatórias de cada uma das partes.

Nesse sentido, conquanto a análise do projeto não tenha se restringido especificamente à regulamentação do que ora se denomina *distribuição judicial* do ônus da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil – tendo também sido abordadas questões relacionadas à regra da distribuição fixa ou legal do ônus da prova, bem como da pouco aplicável distribuição convencional, mantida pelo projeto –, o ponto central do presente estudo é de fato a regulamentação da distribuição dinâmica do ônus da prova, que vem a ser a inovação verdadeiramente substancial do projeto com relação à questão do ônus probatório.

Sinteticamente, o trabalho resume-se ao objetivo supraexposto.

Não obstante, se a inserção, no Projeto do Novo Código de Processo Civil, da distribuição judicial do ônus da prova representa uma *solução* (é o que se defende),

---

<sup>1</sup> Texto aprovado quase em sua integralidade pelo plenário da Câmara dos Deputados em 26.11.13.

faz-se necessário, antes de tudo, que se exponha primeiro qual é o *problema* a se solucionar – afinal, a importância da solução mede-se em especial pela gravidade do problema.

Não é por outro motivo que, na estruturação do presente trabalho, deixou-se apenas o último capítulo à análise específica do Projeto Novo Código de Processo Civil e dos seus dispositivos relacionados à distribuição do ônus da prova. Nos capítulos predecessores, buscou-se expor o porquê de a regra da distribuição legal do ônus da prova do diploma processual vigente (inscrita no art. 333) ser adequada enquanto regra geral, mas insuficiente e imprópria em face de determinados casos excepcionais, relativos à impossibilidade material de uma das partes de arcar com o ônus que lhe é imposto.

A impossibilidade de uma das partes (ou de ambas) de, ante a situação concreta trazida a juízo, produzir provas suficientes a cumprir com o ônus que lhe é imposto ocasiona, por sua vez, a impossibilidade de o Poder Judiciário conhecer de maneira adequada os fatos que lhe são postos à apreciação e, como consequência disso, impossibilita-se, em muitos casos, o oferecimento da tutela jurisdicional de fato cabível à situação discutida, afrontando-se, por fim, o direito constitucional do acesso à Justiça.

A progressão causal acima referida consiste em um dos pontos centrais do presente trabalho. É através dela que se faz verificável a relação estabelecida no título, sendo também o raciocínio a partir do qual se deduz a importância de que se reveste a positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, enquanto meio adequado de amenizar a incidência dessas situações que tornam a prestação judicial inadequada ou ineficiente à tutela da situação concreta trazida a juízo.

No escopo de analisar individualizadamente cada um dos elementos presentes no raciocínio estabelecido, a abordagem parte de enfoque bastante abstrato ou teórico (sobretudo no que tange à análise de conceitos relacionados ao tema de pesquisa) e progride para um enfoque mais concreto, no que se situa o estudo específico dos dispositivos regulamentadores do ônus da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Considerando, portanto, esse objetivo, e a necessidade de se delinear de modo suficientemente claro o problema das situações de prova impossível ou excessivamente difícil perante a regra contida no art. 333 do Código de Processo Civil, o trabalho foi organizado em três capítulos, sendo conteúdo do primeiro deles: (1) a exposição da definição de *prova* e de outros conceitos jurídicos relacionados (*ônus da prova* e “*prova diabólica*”, dentre outros), no sentido de se estabelecer uma base teórica e terminológica com relação aos termos que são empregados ao longo de todo o trabalho; (2) a exposição, de modo sintético, da história do Direito Probatório, fazendo-se especial menção ao resgate, com o despontar da Modernidade, da cultura jurídica romana e, com ela, da função racional da atividade probatória, em contraposição ao modelo metafísico de justiça que predominou durante a Idade Média - e, por fim, (3) a exposição dos conceitos de *cognição* e *verdade* no processo, buscando evidenciar a vinculação da possibilidade da tutela jurisdicional cabível à situação concreta ao estabelecimento de uma *verdade processual* igualmente adequada, considerando-se, com relação a isso, os limites próprios do processo no que diz respeito à atividade cognitiva.

No segundo capítulo abordam-se, por sua vez: (1) a definição do conceito contemporâneo de *acesso à Justiça* e correspondente esboço histórico (fazendo-se referência às denominadas “ondas” renovatórias do acesso à Justiça e a noções que de alguma forma se relacionam a essa temática, como as de neoconstitucionalismo e, mais especificamente, neoprocessualismo); (2) a relação existente entre a prova impossível ou extremamente difícil, enquanto condicionante ao oferecimento de prestação jurisdicional efetiva, e o acesso à Justiça, expondo ainda confluência entre a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e diretrizes estabelecidas pela terceira “onda” renovatória do acesso à Justiça, e, por fim, (3) o modo como a jurisprudência brasileira tem se posicionado com relação a essa situação e a argumentação constitucional empregada no sentido de se afastar a aplicabilidade da norma do art. 333 do Código de Processo Civil diante de situações excepcionais, trazendo alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e de outros tribunais nacionais aplicando a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Por último, no terceiro capítulo, faz-se referência especificamente ao Projeto do Novo Código de Processo Civil, abordando-se (1) os motivos para a elaboração de um novo código e o histórico da tramitação do projeto até a conclusão deste

trabalho; (2) as características gerais do projeto (principiologia norteadora, estrutura e principais inovações em relação ao “Código Buzaid”) e, por fim, (3) a regulamentação específica da distribuição do ônus da prova, identificando-se as modalidades de distribuição do ônus da prova admitidas (art. 380, *caput* e parágrafos, do projeto) e, com relação à distribuição judicial, analisando-se as hipóteses fáticas de admissibilidade, a situação de impossibilidade da aplicação (relativa aos casos de “*prova diabólica*” *bilateral*), os requisitos processuais definidos pelo projeto e o momento processual estabelecido para que se dê a redistribuição.

## 1. PROVA, COGNIÇÃO E VERDADE EM DIREITO

Neste primeiro capítulo, abordar-se-ão: (1) a conceituação do vocábulo *prova* e de outras palavras relacionadas ao tema central da pesquisa (recorrentes, portanto, ao longo de todo o trabalho), com o intuito de tornar claras as acepções com que são empregados ao longo desta monografia; (2) a história da prova judicial, traçando-se uma síntese do caminho percorrido desde a Antiguidade, perpassando pela Idade Média, até a significação atual que possui a prova para o processo e, por fim, (3) as relações existentes entre a atividade probatória e as noções de *cognição* e *verdade* no processo judicial.

### 1.1. PROVA EM DIREITO: NOÇÕES PRELIMINARES

Busca-se elucidar neste primeiro subcapítulo: (1) as definições de *prova* e *prova judicial*, (2) os posicionamentos doutrinários existentes com relação à natureza jurídica das normas sobre prova, (3) o conceito de ônus da prova, (4) os três principais sistemas de valoração probatória e, por fim, (5) as principais classificações doutrinárias da prova judicial (dando-se ênfase à definição de prova “diabólica”).

#### 1.1.1. Definição de *prova* e de *prova judicial*

A palavra *prova*, substantivo feminino originário do vocábulo latino *probatio*, assume, na Língua Portuguesa, diferentes significações, correspondendo, em sentido amplo, àquilo *que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa*. Trata-se de uma derivação do verbo *provar* (*probare*), que, dentre outros significados, refere-se ao *ato de estabelecer a verdade ou a realidade de algo* (FERREIRA, 1999).

*Prova* é, pois, nesse sentido genérico, correspondente a demonstração, ou sinal; e *provar* corresponde a esclarecer, demonstrar, revelar, etc<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Vale reproduzir aqui o alerta de Dinamarco (2009, p. 42) sobre a impropriedade do emprego da palavra *evidência* como sinônimo de *prova*, ocasionado pela tradução equivocada do vocábulo inglês

Tratando-se agora particularmente do significado de *prova* na área jurídica, ainda plurissignificativo, pode tal termo referir-se, conforme ensina Ovídio Araújo Baptista da Silva (2008, p. 261), “tanto à atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto ao instrumento por meio do qual essa verificação se faz”.

Nesse sentido, prossegue o autor:

Podemos, portanto, dizer do procedimento de uma parte que traz um documento ao processo que ela fez ou produziu a prova documental; e, referindo-nos ao documento em si, podemos dizer que ele constitui a prova do fato nele representado.

Humberto Theodoro Junior (2012, p. 437), por sua vez, traz entendimento sutilmente diverso quanto aos sentidos pelos quais a palavra pode ser entendida no contexto jurídico, podendo, a seu ver, referir-se (1) ao “instrumento ou ao meio hábil, para demonstrar a existência de um fato” (sentido objetivo), como também (2) à “certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório”, isto é, a convicção quanto aos fatos já formada no espírito do juiz (sentido subjetivo).

Veja-se que os dois autores concordam em incluir no significado de *prova* o instrumento que permite a verificação do fato, mas apresentam, por outro lado, cada um individualmente, outra definição diversa.

Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 42), por sua vez, ocupando posição intermediária em relação aos autores previamente citados, assume *prova* como o ato de se provar em juízo, convergindo nesse ponto com Ovídio Baptista, e também como o resultado desse ato, ou seja, como o próprio convencimento (“prova é demonstração e provar é demonstrar”), concordando, agora, com Humberto Theodoro Júnior.

Na verdade, todos esses três significados trazidos pelos autores são atribuídos usualmente à palavra *prova* na linguagem jurídica: *prova* referindo-se (1) ao ato de provar, como em “não dependem de prova os fatos notórios” (CPC, art. 334, *caput* e inc. I); (2) referindo-se ao instrumento utilizado para a demonstração de

---

*evidence* (que significa prova), como significando *evidência*, quando esta última palavra na verdade significa certeza manifesta, que prescinde de qualquer comprovação.



um fato (“Se a prova for uma fotografia publicada em jornal, exigir-se-ão o original e o negativo” – CPC, §2º do art. 385) e por fim, (3) referindo-se ao convencimento gerado no espírito do juiz a respeito do fato - “o juiz absolverá o réu [...], desde que reconheça não haver prova da existência do fato” (CPP, 386, *caput* e inc. II).

É comum na doutrina, em textos de lei, em petições e em sentenças encontrar-se o emprego da palavra em qualquer um desses três sentidos. Entretanto, Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 262), na mesma orientação seguida por parcela de processualistas, faz a ressalva de que “a palavra ‘prova’, contudo, não pode ser confundida com os *meios* de prova, que são instrumentos (as técnicas) que a lei processual reconhece como hábeis para que o magistrado tenha conhecimento do *objeto* da prova”. Ou seja, aos que seguem tal entendimento, o emprego de *prova* como correspondente a *meio de prova* consiste em um erro de terminologia.

Sendo, pois, a compreensão de *meio de prova* como também inserida no conceito de *prova* algo correto ou equivocado, se o objetivo aqui é um enfoque amplo do conceito, convém registrar-se que existe e é comum esse emprego seu no meio jurídico.

Luiz Guilherme Marinoni (2008, pp. 262-264) reconhece, quanto aos diferentes significados usualmente assumidos pela palavra *prova*, os de *instrumento* (objeto físico que se destina à prova), *procedimento* (aludindo à produção da prova), *atividade mental do juiz* (para o conhecimento dos fatos) e, por fim, *resultado da referida atividade lógica*.

Fredie Didier Júnior (2011, pp. 43- 44), ao conceituar *prova*, fazendo remissão a Eduardo Cambi e a Moacyr Amaral Santos, também reconhece que “no sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado”, quais sejam as três acima expostas. Compartilham desse mesmo entendimento Greco (2004, p. 06), Rocha (2006, p. 244) e o processualista penal Guilherme Nucci (2012, p. 388)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> À Teoria Geral do Processo, área de estudo do Direito com cuja existência concorda a maior parte da doutrina processualista (LAMY; RODRIGUES, 2010, p. 43), pertencem conceitos que, ainda que assumam peculiaridades diversas nos processos penal e civil, não deixam de possuir uma essência comum (p. ex., jurisdição, ação, processo, etc.). Nesse sentido, e entendendo, na esteira de autores

Como conclusão, frise-se, pois, que existem e são correntes esses três principais empregos do termo *prova* no Direito, conquanto a utilização de prova em referência a *meio (ou instrumento)* seja reprovada por parcela da doutrina.

#### 1.1.2. Prova no direito material e no processual

Questão controversa é definir a natureza das normas jurídicas que disciplinam a atividade probatória no Direito. É certo que, no meio jurídico, a prova é mais facilmente associável à ideia de processo judicial, mas, por outro lado, conforme observa Didier Junior (2011, p. 17), “a noção de prova está presente em todas as manifestações da vida humana”.

Por exemplo, em um negócio jurídico de venda e compra, ao exigir o comprador a quitação (que é prova do pagamento), direito este assegurado pelos arts. 319 e 320 do Código Civil, é possível se dizer que se está diante da (ou de uma) noção jurídica de prova? Do mesmo modo, por exemplo, o motorista, ao apresentar sua habilitação à autoridade policial, quanto requisitado, está produzindo, extraprocessualmente, prova *jurídica* de que está apto a dirigir?

Em sua obra *Natureza das Normas sobre Prova*, Hermenegildo de Souza Rego (1985) detalha essa questão, destacando as três principais correntes doutrinárias existentes, quais sejam (1) a materialista, que entende que a matéria da prova diz respeito especificamente ao Direito Material (seguida por autores como Carnelutti e Satta); (2) a processualista, que, ao contrário, entende pertencer a disciplina da prova ao Direito Processual (corrente majoritária na doutrina, adotada, segundo o autor, por juristas estrangeiros, como Wach, Rocco e Liebman, e por brasileiros como Frederico Marques, Arruda Alvim e José Carlos Barbosa Moreira) e, por fim, (3) a corrente mista (adotada por Chiovenda e Santis Melendo, dentre outros).

Após uma análise minuciosa dos principais argumentos utilizados pelos autores para justificarem a filiação a uma ou a outra corrente, Rego (1985, p. 131)

---

como Greco (2004, p. 05), que a noção de prova, em sua essência, é a mesma para o Processo Civil e para o Processo Penal, optou-se, neste trabalho, pelo emprego como fonte de pesquisa também bibliografia referente ao Direito Processual Penal.

declara-se partidário da corrente processualista, entendendo, portanto, inserir-se a disciplina jurídica da prova integralmente no campo do direito processual.

Com relação ao uso extraprocessual da prova, como nos exemplos acima trazidos, o autor, corroborando posicionamento de Frederico Marques, que por sua vez se reporta a Liebman, explica que tais situações representam apenas o reflexo psicológico da verdadeira função da prova, que é eminentemente judicial. Em termos mais claros, tais elementos (o recibo, a habilitação, etc.) dão-se a comprovar fatos, mas em um sentido extrajurídico.

Para os adeptos da corrente processualista, o convencimento a que induzem os referidos elementos, nessas situações extraprocessuais, limita-se ao mundo dos fatos, não sendo regulado pelo Direito, de modo que, somente a partir do momento em que dados fatos porventura venham a ensejar a deflagração de um processo judicial, ganham relevância jurídica e passam então a se subordinar à disciplina jurídica da prova.

Dinamarco (2009, p. 44), também adepto da corrente processualista, define:

Destinando-se a preparar julgamentos e endereçando-se ao espírito daquele que julgará, é *no processo* que a prova exerce sua função. Em si mesma e na função perante a ordem jurídica e a vida dos direitos ela é, pois, um instituto de direito processual e não de direito material, ainda quando a disciplina de certos elementos exteriores pertença em parte a este ou seja influenciada por normas jurídico-substanciais.

Considerando a finalidade deste primeiro capítulo, que é especificamente a de projetar um esboço geral do estudo jurídico da prova, cabe apenas o esclarecimento de que, quanto a esse tema, a doutrina é dividida, sendo os três principais posicionamentos os acima referidos. Sendo, pois, uma questão periférica em relação ao objeto central deste trabalho, furtamo-nos a tomar aqui um posicionamento definitivo com relação à questão - conquanto a nós pareça, a princípio, mais acertado o entendimento assumido pela corrente processualista.

Por fim, adiante-se que, ao contrário do que possa parecer, tal questão tem grande importância na atuação prática do Direito, pois o tratamento jurídico reservado às normas de direito material e processual é consabidamente distinto – o Projeto do Novo Código de Processo Civil, por exemplo, traz em seu primeiro capítulo toda uma principiologia voltada especificamente à interpretação e aplicação

do direito processual (e, portanto, da normatização da atividade probatória a ela especificamente vinculada).

### 1.1.3. Conceito de ônus da prova

Em Direito Processual, e particularmente em relação aos *atos processuais*, fala-se em (1) *ônus*, (2) *deveres* e (3) *obrigações processuais*. Nessa tricotomia, *ônus* refere-se à “necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo” (BUENO, 2010, p. 274).

Os ônus processuais encontram-se numa estreita relação com as “possibilidades” processuais, posto que toda “possibilidade” impõe às partes o ônus de ser diligente para evitar sua perda. O que pode, deve; a ocasião obriga (quer dizer, agrava), e a mais grave culpa perante si mesma é a de ter perdido a ocasião (GOLDSCHMIDT, 2003, p.243).

Destarte, não se prevê qualquer sanção para o descumprimento de um ônus processual, mas, de todo caso, ao não o cumprir, a parte se sujeita a consequências que, muito provavelmente, serão a ela desfavoráveis. Nenhuma das partes evidentemente é *obrigada* a produzir prova, que é ônus processual. O que ocorre é que, não o fazendo, se sujeita o autor ou o réu ao desfavorecimento, por conta de sua inércia, na decisão judicial.

Conforme definido no art. 333 do Código de Processo Civil vigente, cabe ao autor da demanda provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu compete provar os fatos extintivos (que desconstituem o direito do autor), impeditivos (que impedem a constituição do direito) e modificativos do direito do autor.

Essa é a regra prevista no atual diploma processual para a distribuição do ônus da prova, que, ao contrário do regramento constante do Projeto do Novo Código de Processo Civil, não possui exceções – senão a possibilidade da distribuição convencional do ônus da prova, de rara aplicação prática.

Vale destacar ainda que o ônus da prova pode ser observado pelas perspectivas subjetiva e objetiva. A respeito, explica Câmara (2013, p. 434-435):

A análise do ônus da prova pode ser dividida em duas partes: uma primeira, em que se pesquisa o chamado *ônus subjetivo da prova*, e onde se busca responder à pergunta “quem deve provar o quê?; e uma segunda, onde se

estuda o denominado *ônus objetivo da prova*, onde as regras sobre esses ônus são vistas como *regras de julgamento*, a serem aplicadas pelo órgão jurisdicional no momento de julgar a pretensão do autor.

A respeito ainda, Didier Júnior (2011, p. 77):

Diz-se, em síntese, que o *ônus subjetivo* é regra dirigida às partes, enquanto que o *ônus objetivo* é regra de julgamento dirigida ao órgão jurisdicional em caso de insuficiência das provas produzidas – o último refúgio para evitar o *non liquet*<sup>4</sup>.

Em que pese o Código de Processo Civil não prever qualquer exceção à distribuição estabelecida em seu art. 333, existe a previsão no Código de Defesa do Consumidor de situações excepcionais, em que a lei estabelece diversamente a repartição do ônus probatório. São as chamadas inversões *ope legis* e *ope judicis* do ônus da prova.

A respeito das inversões *ope legis* – situações como as dos arts. 12, §3º<sup>5</sup>, e 38<sup>6</sup>, do Código de Defesa do Consumidor - vale a observação de Didier Júnior (2011, p. 83) de que não há, a rigor, uma inversão, “mas tão somente uma exceção normativa à regra genérica do ônus da prova”, tratando-se, pois, de um caso de presunção legal relativa.

No caso das inversões *ope judicis*, a lei *autoriza* o julgador a, considerando as peculiaridades do caso concreto, e observando a presença de determinados requisitos, inverter, por decisão judicial, o ônus da prova.

Nessa segunda situação, a inversão do ônus da prova depende, portanto, da apreciação subjetiva do magistrado sobre os fatos da demanda (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 84). A hipótese legalmente prevista é a do art. 6º, inc. VIII<sup>7</sup>, do Código de

<sup>4</sup> A expressão *non liquet*, no excerto citado, diz respeito à situação admitida no processo romano em que o magistrado eximia-se do compromisso de julgar, por não ter conseguido estabelecer uma conclusão suficientemente segura quanto à situação trazida à sua apreciação (faz-se referência novamente ao conceito no tópico 1.2.1).

<sup>5</sup> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...] § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

<sup>6</sup> Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

<sup>7</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

Defesa do Consumidor, havendo outras hipóteses autorizadoras definidas pela jurisprudência, como, p. ex., a inversão do ônus da prova em demandas relacionadas à responsabilização civil por danos ambientais, conforme se faz referência no tópico 2.3. deste trabalho.

Ressalte-se, por fim, que, embora não estabeleça o Código de Processo Civil como ônus do réu a prova relacionada à *inexistência do fato constitutivo* (exemplificando), nada impede que se apresente *defesa direta* com relação aos fatos, isto é, que se neguem os fatos constitutivos afirmados pelo autor, produzindo-se *contraprovas* às provas por ele apresentadas (tem também a oportunidade de apresentar contraprova o autor da ação, na réplica, por exemplo, com relação aos fatos afirmados pelo réu).

Pode-se observar que a distribuição do ônus da prova, nesse sentido, é bastante lógica, senão intuitiva. Não se poderia pensar, *como regra geral*, em outro modelo.

O problema ocorre, contudo, nos casos excepcionais, em que a rigidez da distribuição estática do ônus da prova obsta cognição mais apurada da realidade dos fatos, terminando por ensejar a prolação de sentenças injustas.

Nesse sentido, a *distribuição dinâmica do ônus da prova*, prevista no Projeto do Novo Código de Processo Civil, vem a ser uma louvável evolução legislativa, ao possibilitar a desvinculação entre ônus da prova e posição processual, colocando o juiz, como define Didier Júnior (2011, p. 97), na qualidade de “gestor das provas”, cabendo-lhe avaliar, diante das circunstâncias particulares do caso, qual a distribuição mais acertada, considerando-se a possibilidade das partes. Tal assunto será tratado com mais profundidade no Capítulo 2 do presente trabalho.

---

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

#### 1.1.4. Sistemas de valoração da prova judicial

São três os principais sistemas de avaliação da prova existentes ao longo da história do processo judicial: o sistema do *livre convencimento* (ou da *convicção íntima*), o sistema da *prova legal* (ou *prova tarifada*) e o sistema da *persuasão racional*, mais comumente conhecido como *livre convencimento motivado*.

Cada um deles denota, de certo modo, um determinado grau de liberdade do juiz: no sistema do livre convencimento, não existem quaisquer limites à liberdade judicial, tampouco responsabilidade quanto à fundamentação da decisão. Nesse sentido, o *valor* das provas é integralmente construído pelo julgador.

Já em um sentido diametralmente oposto, no sistema da prova tarifada, o valor das provas é predefinido pela lei, restringindo-se o papel do juiz basicamente à constatação da produção das provas e à prolação de decisão baseada o valor atribuído legalmente a cada uma das provas produzidas. Conforme explica Câmara (2012, p. 399):

Se a lei atribuisse à prova testemunhal peso um, à prova documental peso dois e à confissão peso três, o juiz ao final do processo, deveria verificar quantos de cada um desses meios probatórios cada parte dispõe, para que pudesse declarar então quem teve melhor a sorte no processo.

Foi o sistema que, conforme melhor explanado no tópico 1.2.2. do presente trabalho, vigeu durante a Idade Média.

Por fim, em uma posição intermediária situa-se o sistema da persuasão racional, que conserva a liberdade do juiz na avaliação das provas, mas lhe retira a possibilidade de avaliá-las arbitrariamente, na medida em que lhe impõe como dever a fundamentação de seu convencimento, tanto em face do ordenamento jurídico como em face do conjunto probatório colhido.

Sendo assim, a avaliação, tal como ocorre no sistema do livre convencimento, não deixa de ser subjetiva, mas, por outro lado, deve estar pautada em critérios inteligíveis às partes, de modo a restar claro na decisão judicial os fundamentos que levaram o julgador a decidir pela procedência ou improcedência do pedido.

O Direito Brasileiro adota o sistema do livre convencimento motivado, ao definir-se no art. 131 do Código de Processo Civil (em consonância com o previsto

no art. 93, IX, da CRFB) que “o juiz apreciará livremente a prova, [...] mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

#### 1.1.5. Classificações da prova judicial

São inúmeras as classificações da prova judicial existentes na doutrina, sendo conveniente registrarem-se aqui apenas as mais comumente citadas e as de maior utilidade prática para o presente trabalho.

*Prova*, como gênero, subdivide-se em *prova direta*, que é a “que apresenta relação imediata como fato probando” (BUENO, 2010, p. 261), e *prova indiciária*.

Para além de uma construção doutrinária, essa classificação é empregada na própria lei: o Código de Processo Penal trabalha extensamente com a noção de *indício*, definindo-o, em seu art. 239, como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Percebe-se, pois, que o indício não é um tipo de prova – ao contrário disso, o indício é fato, que deve ser provado.

Deixe-se claro que a prova indiciária é uma prova do indício. O que é indireto, nessa perspectiva, é o indício em relação ao fato direto. Como o indício deve ser provado, é pouco mais do que óbvio que sobre ele recai uma prova, que pode ser dita “prova indiciária”. A sua particularidade, em relação à prova do fato direto, está apenas no seu fim, que é o de elucidar um fato indiciário. A prova indiciária não incide sobre fato da causa, mas sobre fato externo, que se liga a algum fato da causa por um raciocínio indutivo lógico (MARINONI; ARENHART, 2011).

Em uma segunda classificação, fala-se em *provas pessoais* e *provas reais* – e, paralelamente, em *fontes de provas pessoais e reais* – sendo as provas pessoais aquelas provenientes de declarações humanas, e as reais, provenientes de coisas ou de fenômenos.

Mas a classificação mais tradicional de *prova* talvez seja a quanto à *forma*, da qual se utiliza o atual Código de Processo Civil ao dividir as espécies de provas em testemunhais ou orais (em sentido amplo, compreendendo-se aqui o depoimento das partes), documentais e periciais (ou materiais).

Vale ainda a menção à classificação das provas em *lícitas* e *ilícitas*, subdividindo-se ainda, estas últimas, em *provas ilícitas (stricto sensu)*, que decorrem



da violação de regras de direito material (o exemplo mais comum são as provas obtidas mediante tortura) e *provas ilegítimas*, que decorrem da violação de regras de direito processual (o testemunho de amigo íntimo ou inimigo capital da parte, por exemplo).

#### 1.1.5.1. A prova “diabólica”

Conforme já afirmado, as classificações doutrinárias existentes em relação à prova jurídica são inúmeras, de modo que, pela pertinência em relação à temática do presente trabalho, encerra-se a presente seção com a referência ao conceito de *prova diabólica* (“*probatio diabolica*”), que é, conforme define Didier Júnior (2011, p. 92), “aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida”.

Não raras vezes, ocorre a situação em que a parte, ainda que possua de fato razão quanto à situação em juízo discutida, acaba vencida, uma vez impossibilitada de comprovar suas alegações, em virtude de que, ante os fatos, a produção probatória não se faz materialmente possível.

No Direito Civil, é o caso do acidente de carro não presenciado por ninguém, cujos vestígios da batida façam presumir ter ocorrido de um jeito, quando, na realidade, ocorreu de outro; no Direito Administrativo, é exemplo o caso da beneficiária do Regime Geral de Previdência Social verbalmente ofendida por funcionário do Instituto Nacional de Seguridade Social, na presença apenas de companheiros de trabalho dele<sup>8</sup>; no Direito do Consumidor, é o caso da cliente de instituição bancária que teve sua conta furtada, sendo extremamente difícil para ela a comprovação de que não realizou nem autorizou que realizassem os saques impugnados<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFENSA AO DIREITO DA PERSONALIDADE. BENEFICIÁRIA DO INSS OFENDIDA POR AGENTE DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA NO POSTO DO INSS DE ITAGUAÍ (RJ). "PRETA E BURRA". INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. [...] (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Apelação Cível nº 200051070009397 TRF2, Relatora Desembargadora Federal Salete Macalóz. 12 de agosto de 2009).

<sup>9</sup> CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. APLICAÇÃO DO CDC ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SAQUES EM CONTA-POUPANÇA DE CLIENTE SEM SUA PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. OCORRÊNCIA. [...] (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Apelação Cível nº 200580000094897. Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt. 06 de novembro de 2007).

A *prova diabólica* pode ser *unilateralmente diabólica* - que compromete as possibilidades de convencimento do juiz de apenas uma das partes - ou *bilateralmente diabólica* - as situações de “*inesclarecibilidade*” da situação fática (MARINONI, 2006, p. 06).

Fala-se propriamente de prova bilateralmente diabólica quando a prova de determinado fato, sob a perspectiva positiva (isto é, provar a ocorrência do fato, que é a regra geral) e também sob a negativa (a prova da não ocorrência do fato), é impossível ou muito difícil. Não se trata da situação em que a parte autora não consegue arcar com o ônus que lhe é imposto e nem a ré com o seu próprio, uma vez que tal situação é, a princípio, solucionável com a aplicação da *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* (explanada no tópico 2.2.2 deste trabalho) – trata-se da ocorrência da prova diabólica unilateral com relação a dois fatos distintos (em relação a um, por parte do autor e em relação ao outro, do réu). Muito pelo contrário, a prova diabólica bilateral é uma situação que incide sobre um único fato, cuja prova tanto da existência quanto da inexistência não é possível para ambas as partes.

Desse modo, em que pese as situações de prova bilateralmente impossível ou excessivamente difícil ensejarem, de um modo ou de outro, um limite em certa medida insuperável à atividade de conhecimento desempenhada pelo Poder Judiciário (tal questão é abordada com maior profundidade no tópico 1.3 deste capítulo), as situações de prova diabólica unilateral, por outro lado, podem ser contornadas com a aplicação da referida teoria, cuja positivação no ordenamento jurídico brasileiro se pretende por meio do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Esses conceitos serão ainda rememorados, nos capítulos subsequentes, dada a pertinência que possuem com o objeto central deste trabalho.

## 1.2. A PROVA NA HISTÓRIA DO DIREITO

A prova, enquanto elemento indissociável da atividade judicial, esteve sempre presente na História do Direito, recebendo, contudo, tratamento bastante diversificado em diferentes períodos, particularmente quanto às suas modalidades, ao seu emprego no processo e à sua apreciação pelo órgão julgador.

Para os processos civil e penal modernos, é possível se definir como função da prova na atividade jurisdicional a de *reconstruir fatos*, isto é, representar endoprocessualmente (e do modo mais fiel o possível) os fatos sobre os quais versa a causa, para que, sobre essa representação (e não sobre os fatos, propriamente), possa o órgão jurisdicional aplicar o direito. Em outros termos, reproduzindo a metáfora de Cordero (*apud* LOPES JUNIOR, 2011, p. 519), o processo é uma “máquina retrospectiva”, a qual se ocupa de reconstruir fatos pretéritos, utilizando-se como recurso para tal desiderato a produção probatória.

Contudo, nem sempre foi assim.

Na Idade Antiga, ao passo que os gregos detiveram-se prioritariamente ao desenvolvimento do Direito por um viés filosófico-político, aos romanos atribui-se o mérito pela construção de um notável sistema jurídico positivo, cujo resgate, ocorrido a partir dos séculos XII e XIII, foi, nas palavras de David (2002, p.52), “o principal fenômeno que marca o nascimento da família de direito romano-germânica”, família esta que, sem desconsiderar a observação de Didier Júnior (2011, p 43)<sup>10</sup>, engloba, ao menos prioritariamente, o direito brasileiro.

Desse modo, muito do que hoje se aplica no Brasil e no mundo no que é pertinente ao Direito Processual (e particularmente ao Direito Probatório) tem origem ainda com os romanos. De início, esse traço mais geral acima destacado - a utilização da prova no processo como meio de *reconstrução fática* – estava já presente no processo romano, e, tendo perdido força em favor de modelo diverso que vigeu durante Idade Média, resgatou-se com somente a deflagração da Modernidade.

---

<sup>10</sup> Conveniente se faz a ressalva de que apesar de o direito brasileiro se estruturar nos moldes do sistema *Civil Law* (Direito Romano-germânico), nele existem, a despeito disso, vários institutos de inspiração anglo-saxã (*Common Law*), tais como o a existência da modalidade difusa de controle de constitucionalidade, do instituto processual da *assistência*, da existência de um microssistema de tutelas coletivas, dentre outros.

### 1.2.1. A prova judicial na civilização romana

Assim como a história da organização política de Roma dividiu-se em três períodos distintos (Reinado, Democracia e Império), a história especificamente do processo judicial romano também pode ser classificada em três fases distintas: o período das *legis actiones*, ou período primitivo, que vai da fundação de Roma (754 a.C) até o ano de 149 a.C.; o período formulário (ou *per formulas*), que vigorou dessa data até aproximadamente o ano 200 d.C., e, por fim, o período da *cognitio extraordinaria* (ou *cognitio extra ordinem*), que, iniciado na data anterior, viveu ainda após a queda do Império Romano, tendo como marco final a Codificação de Justiniano (desenvolvida em meados do século VI). (THEODORO JUNIOR, 2012 p. 09).

No período mais primitivo, o procedimento aplicado era integralmente oral e dividia-se em duas fases: *jus* e *judicium* - também denominadas *in iure* e *in iudicio* - sendo que a primeira delas se dava perante o magistrado, e a segunda, perante árbitro por ele nomeado. A tal procedimento bipartite atribuiu-se o nome *ordo judiciorum privatorum* (THEODORO JUNIOR, 2012 pp. 9-10).

Na primeira etapa do procedimento (fase *in iure*), as partes se apresentavam ao magistrado, que as ouvia e, entendendo ser a pretensão do autor albergada pela ordem jurídica, designava um árbitro (*iudex*), perante o qual se desenrolaria o restante do processo, com a produção de provas e prolação da sentença (fase *in iudicio*) (KASER, 1999, p. 431).

O processo judicial dessa fase era excessivamente formalista, sendo que, como ressaltam Cretella Júnior (1995, p. 413) e Santos (2002, p. 39), qualquer desvio procedimental, gesto praticado incorretamente ou palavra pronunciada erroneamente poderiam anular integralmente o feito ou acarretar o julgamento pela improcedência da ação.

Desde esse primeiro momento, notava-se o predomínio absoluto da utilização da prova testemunhal na cultura judicial romana, hegemonia esta que perdurou até pouco antes da queda do Império, em que pese os romanos já conhecerem desde as *Legis Actiones* os meios de provas documentais e periciais (SANTOS, 1966, p. 16).

Já no *período formulário*, mantido o procedimento bipartite (*ordo judiciorum privatorum*), inseriu-se um elemento escrito no processo: a *formula*, consistente em documento, elaborado perante o magistrado estatal, a partir de modelos preexistentes, que descrevia em termos gerais a causa judicial debatida, contendo, de um lado, as pretensões do autor (*actio*) e, de outro, as alegações da parte contrária - dentre as quais aquelas que, não negando os fatos levantados pelo autor, versavam sobre eventuais outros fatos que impedissem, modificassem ou extinguissem o direito pleiteado (*exceptio*) (KASER, 1999, p. 432).

Esse documento, síntese da causa, era, então, entregue ao árbitro eleito pelas partes ou nomeado pelo magistrado para proceder ao julgamento, sendo a sua nomeação também consignada na fórmula (KASER, 1999, pp. 448-449).

O processo romano, particularmente a partir do período formulário, regia-se pelos princípios da imediatidade e da oralidade, tomando-se como elemento central a liberdade do árbitro na apreciação das provas produzidas (KASER, 1999, p. 456).

Em relação ao ônus da prova, no processo formulário, ressalta Cheli (*apud* LEONARDO, 2004, p. 82):

É a partir da diferenciação entre *intentio* e *exceptio* que surge uma das primeiras regras genéricas sobre distribuição do ônus da prova, segundo a qual “o autor tem o ônus (primário) de provar o fundamento da própria *intentio*, o réu o ônus (secundário) de justificar a própria exceção (não a genérica negação dos fatos aduzidos pelo autor).

É o que sinteticamente traduz a fórmula latina “*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*” (“cabe a prova a quem afirma, não a quem nega”), que se conserva aplicada até os presentes tempos, encontrando-se positivada, muitas vezes nesses exatos termos, em diplomas legais vigentes na contemporaneidade (por exemplo, no art. 818 da CLT e no art. 156, *caput*, do CPP).

Por fim, a terceira fase do processo romano caracterizou-se pelo estabelecimento de um procedimento escrito desenrolado integralmente perante o juiz Estatal. A *cognitio extraordinaria*, como o próprio nome define, tratava-se, em princípio, de uma modalidade extraordinária de procedimento, que paulatinamente foi assumindo o status de regra geral, em detrimento do *ordo judiciorum privatorum*.

No tocante à prova judicial, marca esse período o crescimento da utilização da prova escrita no direito privado e no processo romano, em que pese ainda

permanecer predominante a cultura oral. As desvantagens inerentes à prova testemunhal (particularmente no tocante à credibilidade da informação prestada) motivaram tal mudança (SANTOS, 1966, p. 18).

Além disso, a supressão do *ordo judiciorum privatorum* também deu azo ao crescimento do emprego das provas periciais. Enquanto que nas fases anteriores do processo romano, era comum as partes elegerem como *iudex* da causa alguém que detivesse os conhecimentos específicos a respeito da matéria sobre a qual versava o litígio, por outro lado, no momento em que houve a assunção da integralidade do processo pelo juiz estatal, que, naturalmente, não era onisciente, o aumento da participação de peritos constituiu-se, pois, em uma necessidade (SANTOS, 1955, pp. 10-11).

Por último, sobre a prova no Direito Romano, vale acrescentar que se admitia o *non liquet*, isto é, a possibilidade de o juiz, não chegando a conclusão segura ante o conjunto probatório fornecido, prestar o juramento *sibi non liquere* (“a questão não é clara”) para renunciar à responsabilidade de julgar o processo, sendo então substituído por outro julgador (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 427).

Em resumo, as características mais gerais do Direito Probatório Romano foram, portanto: (1) o compromisso com o resgate dos fatos fundadores da demanda judicial; (2) o predomínio da prova testemunhal; (3) o estabelecimento de princípios gerais de distribuição do ônus probatório; (4) liberdade ampla conferida ao julgador na apreciação do conjunto probatório e (5) possibilidade do *non liquet*.

### 1.2.2. A prova judicial durante a Idade Média

A queda do Império Romano do Ocidente, ocorrida no século VI d.C., cedeu espaço ao surgimento de uma fase inteiramente nova na História do Direito, o que não implicou, por outro lado, conforme ressaltam Wolkmer (2006, p. 45) e Santos (2002, p. 45), o desaparecimento do Direito Romano, que, embora não mais hegemônico, esteve presente também na Idade Média.

Ainda conforme Wolkmer (2006), o que de fato ocorreu foi a assimilação do Direito Romano às regras jurídicas aplicadas pelos diversificados povos bárbaros

que assumiram o controle dos territórios que outrora compunham o Império, resultando, pois, em sistemas híbridos de Direito. Desse modo, tanto no teor das normas que compunham esses sistemas jurídicos sincréticos, como mesmo na redação empregada na positivação dessas normas, mesclavam-se elementos romanos e germânicos.

Nos textos legais da época, redigidos em “latim vulgar” (que é também produto desse reaproveitamento da cultura romana pelos povos bárbaros), observava-se o emprego ocasional de expressões em idiomas locais, a fim de garantir que as normas fossem corretamente compreendidas pelos intérpretes (LOSANO, 2007, p. 41).

Conforme preleciona Hespanha (2005, p. 125-126),

A crise do Império Romano, a partir do século III d.C, e a ulterior queda do Império do Ocidente (em 476) põem em crise este saber jurídico, cujo rigor exigia uma grande formação linguística, cultural e jurídica [...] Dizer o direito torna-se numa actividade menos exigente e mais simplificada, acessível mesmo aos leigos. O saber jurídico perde o rigor e a profundidade de análise. O direito vulgariza-se. Esta vulgarização é mais pronunciada nas províncias, em virtude das corruptelas provocadas pela influência dos direitos locais. Aí, forma-se um direito romano vulgar (*Vulgarrecht*) [...].

A Codificação de Justiniano (*Corpus Juris Civilis*), “a mais célebre compilação e sistematização do todo o Direito Romano antigo” (WOLKMER, 2006, p. 46), foi o principal veículo de transposição do conhecimento jurídico romano para esse novo contexto que caracterizava a Idade Média - e depois para a Idade Moderna (HESPANHA, 2005, p. 127).

Mencione-se também que, com o fortalecimento da Igreja Católica enquanto instituição, o Direito Canônico assumiu posição de destaque, e, tendo se originado em grande parte do Direito Romano (tomando-o inclusive como referencial para integração normativa) (GILISSEN, 2001, 145), contribuiu para a preservação da tradição jurídica romana na Europa medieval (MARTINS, 2007, p. 194).

Esses novos sistemas jurídicos surgidos eram, de modo geral, bastante rudimentares e essencialmente consuetudinários, especialmente no que concerne à questão da prova judicial (SANTOS, 2002, p. 45).

Conforme Gilissen (2001), o racionalismo romano, caracterizado pelo comprometimento em resgatar os fatos por meio da atividade probatória (para, só

então, aplicar a regra jurídica cabível) cedeu lugar a um sistema bastante distinto de aplicação do direito, de matiz essencialmente metafísica, que se destinava a determinar o resultado de uma disputa judicial a partir da “vontade divina”. Acreditava-se, pois, que uma entidade superior cuidaria de assegurar que as respostas a serem dadas através de determinados experimentos praticados (as chamadas *ordálias*, ou *ordálios*) fossem sempre favoráveis à parte que efetivamente detivesse a razão.

Ao contrário do que ocorria na Antiga Roma, a “prova” judicial, na Europa medieval, muitas vezes não tinha nenhuma função de esclarecimento em relação aos fatos ocorridos: muito ao contrário disso, elas eram como que veículos de contato com a vontade de uma entidade sobrenatural e onisciente - vontade esta que era meramente declarada pelo julgador da causa.

Gilissen (2001, p. 714) refere-se a tal sistema como *sistema das provas “irracionais”*. Gusmão (*apud* MILHOMENS, 1982, p. 31), em sua classificação dos períodos da história da prova judicial, afirma iniciar-se a partir daí o denominado *período religioso* ou *período das provas divinas*.

Nesse novo modelo, portanto, questões relacionadas ao ônus da prova ou aos limites para a apreciação da prova pelo julgador tornaram-se pouco relevantes, porquanto, quando aplicado o experimento - ressaltando que o juiz *não era obrigado a aplicá-lo* (GILISSEN, 2001, p. 715) - nenhuma das partes de fato produzia prova nenhuma, e, nesses casos, o juiz tampouco julgava, cabendo-lhe apenas a tarefa de “fiscalizar o desenvolvimento das solenidades e o resultado do experimento” (SANTOS, 2002, p. 45), declarando, por fim, o direito do vencedor.

Com relação ainda às ordálias<sup>11</sup>, indispensável mencionar que, principalmente no “direito penal medieval”, muito antes do efetivo julgamento da causa, os próprios métodos empregados para a obtenção da “verdade divina” já constituíam na prática por si sós verdadeiras penas. Um dos experimentos tradicionais à época, a título de exemplo, foi a denominada *prova do fogo*, que poderia se realizar por diversos

---

<sup>11</sup> A ordália, ou julgamento de deus, consistia em submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade ou fosse culpado. Prova de caráter eminentemente religioso, numa época onde tudo, o lar, a família, a cidade, o governo, a justiça, era protegido ou mesmo presidido por um deus ou por Deus, a sua aplicação se enquadrava exatamente ao sistema jurídico daqueles povos, consequência lógica da noção que tinham de direito e de justiça (SANTOS, 1983, p. 17).



modos: impunha-se ao acusado que caminhasse sobre barras de ferro incandescentes, ou que caminhasse, por determinada distância, carregando nas mãos uma barra de ferro em brasa, dentre outras variações. Se fosse capaz de fazê-lo, comprovada estaria a sua inocência; se não o fosse, sobreviria a condenação (MILHOMENS, 1982, p. 34).

Especificamente em relação às questões cíveis, existia, por exemplo, a imposição aos litigantes de que atravessassem a nado determinado rio por várias vezes, ou, então, que ficassem, lado a lado, de braços abertos, em forma de cruz, sendo que, nos dois casos, a questão judicial reduzia-se a mera prova de resistência: possuía a razão quem prosseguisse no experimento por mais tempo (MILHOMENS, 1982, pp. 34 - 36).

As modalidades de ordália em que o experimento se realizava com a participação de duas pessoas, aplicáveis em geral à solução das contendas cíveis, são reconhecidas pela doutrina como *ordálias bilaterais*, enquanto que os experimentos em que participava apenas uma das partes, ou então o acusado (ressaltando-se que à época se confundiam as figuras do acusador e do julgador) são as denominadas *ordálias unilaterais* (GILISSEN, 2001, p. 715).

Posteriormente veio o *duelo judicial*, ordália bilateral mais difundida na Europa Medieval, consubstanciada no confronto físico direto entre as partes litigantes. A respeito de tal modalidade, leciona Santos (2002, p. 41):

Os vilões combatiam servindo-se de escudo e bastão; os nobres, com armas que lhes eram próprias; no combate entre um vilão e um nobre, este devia ficar de pé e em mangas de camisa, tratando-se de vários acusadores e um só acusado, aqueles acordavam entre si qual devia bater-se e, na hipótese de não haver acordo, ao juiz era dada a escolha.

Além do surgimento das ordálias, ocorreu também nesse período histórico a popularização do *juramento* como meio de prova judicial, caracterizado pela invocação da divindade como testemunha do fato alegado. Surgiram também os denominados *conjuradores* (ou *compurgadores*), cujo papel relaciona-se remotamente com o das testemunhas no processo judicial da atualidade. A principal diferença é que, ao que tudo indica, o papel do conjurador não era propriamente o de respaldar determinada versão dos fatos, mas atestar ser a parte que apresentou tal versão pessoa merecedora de fé, devendo, por isso, suas alegações

prevalecerem (MILHOMENS, 1982, pp. 35 e 39) – novamente observa-se a desvinculação da atividade processual da reconstrução dos fatos, centrando-se aqui a base para o estabelecimento de uma decisão no cotejo do *grau de credibilidade* das partes.

Nas situações em que a questão não era resolvida por meio de ordálias, vigorava o sistema da prova legal, segundo o qual *cada prova tem um valor inalterável e constante, previamente estabelecido pela lei* (SILVA, 2008, p. 270). O número de testemunhas e a classe social à qual pertenciam (como também a classe da própria parte) eram fatores determinantes à prova, anteriores à credibilidade dos depoimentos prestados. Com 12 compurgadores se constituía, entre alguns povos, “juramento pleno”, mas entre outros, para isso, se reclamavam 24, 26, 48, 72. Dependia o número, também, da importância da causa (SANTOS, 1983, p. 27).

### 1.2.3. O resgate da cultura jurídica romana e a prova judicial na Modernidade

Com o surgimento das universidades, ocorrido a partir do século XI, o gosto pela cultura romanística, de um modo geral, reapareceu. E, particularmente no estudo do Direito, fundamental foi o papel da Escola dos Glosadores, cujos adeptos dedicaram-se sistematicamente ao estudo e à reinterpretação da então redescoberta Codificação de Justiniano, como de outros diplomas legislativos elaborados na Roma Antiga (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 10).

Conforme destaca Martins (2007, p.121), o interesse dos juristas da incipiente modernidade pelo direito romano não era um interesse prático, isto é, voltado propriamente à sua aplicação, mas de natureza precipuamente teórico-dogmática, no intento de demonstrar a racionalidade do Direito Romano - ressaltando tratar-se do momento da história em que o pensamento racionalista passa a ganhar espaço, em detrimento do religioso.

O fato é que, com o Renascimento, houve, para além do resgate da antiga cultura jurídica romana, também o resgate da própria ideia do direito, como elemento central na estrutura da sociedade, apto a assegurar “a ordem e a segurança necessárias ao progresso” (DAVID, 2002, p. 39).

Dentro dessas transformações, particularmente no campo do Direito Probatório, deflagrou-se o momento definido na classificação de Gusmão (*apud* MILHOMENS, 1982, p. 31) como o terceiro período da história da prova, abandonando-se, pois, os meios metafísicos de aplicação da justiça, para retomar a direção apontada pelos romanos, no sentido de um processo judicial voltado à atividade cognitiva, isto é, à reconstrução fática da realidade, para então se aplicar o direito cabível à situação trazida (“*da mihi factum, dabo tibi ius*”).

Nesse contexto, as regras jurídicas concernentes à prova elaboradas pelos romanos retornaram à prática, vindo a consolidar as bases fundantes do Direito Probatório moderno. Como um desses grandes elementos resgatados vale destacar, conforme já afirmado acima, a máxima do “*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*”, que se impôs progressivamente a partir do séc. XIII, tornando-se regra geral nos processos civil e criminal modernos (GILISSEN, 2001, p. 714).

A respeito desse momento da história do Direito Probatório, destaca Santos (1966, pp. 24-25):

Mas na época do renascimento do direito romano, a partir da descoberta do Digesto, em 1137, muda-se a fisionomia do direito probatório. Banidos dêste, ou quase banidos, o combate judiciário e as ordálias, revive o prestígio da prova testemunhal, tão do gosto romano e canônico. Ao seu lado, modesta e secundária, mas útil e confiante, enfileira-se a prova literal [sic].

O advento da tipografia e a popularização cada vez crescente da cultura escrita cuidaram, posteriormente, de ensinar a equiparação das provas documentais e testemunhais no tocante à sua presença no processo, o que perdura até atualidade, respeitadas as particularidades de cada ordenamento jurídico.

Por fim, como último grande divisor de águas da história da prova no direito, surge, com a Revolução Francesa, como limitador do poder dos juízes, o princípio da motivação das decisões, que é o elemento definidor do sistema de apreciação das provas no sistema do *livre convencimento motivado*.

Inobstante o paulatino desaparecimento, a partir do Renascimento, dos “modelos metafísicos de administração da justiça”, a obrigação de motivar as decisões judiciais (não só em relação à lei mas também em relação ao conjunto

probatório colhido) é algo relativamente recente na história do Direito (GODDING *apud* PERELMAN, 2005, p. 560).

Conforme define Portanova (2008, p. 248), “até o final do século XVII era comum o juiz sentenciar sem fundamentar sua decisão.”, constando pela primeira vez positivada em texto de lei a motivação como um dever do magistrado somente em 1810, na Lei de Organização Judiciária Francesa, reproduzindo-se, no correr do século XIX, em grandes codificações ao redor do mundo.

Como já afirmado, objetivavam os revolucionários franceses, ao determinar tal responsabilidade aos magistrados, limitar-lhes o poder. Tanto é assim que o período que se seguiu foi marcado pelo perfil de juiz denominado “boca da Lei”, restringindo-se com isso o papel da interpretação na construção da norma, cabendo ao juiz um papel mais ativo somente diante de lacunas ou antinomias (PERELMAN, 2005, p. 563).

Evidentemente, tal posicionamento foi sendo redesenhado ao longo dos séculos XIX e XX, mantendo-se, por outro lado, a fundamentação das decisões, diante da lei e dos fatos, como um dever inarredável do órgão julgador, constituindo-se no último componente que, somado às conquistas herdadas da Roma Antiga, conforma os traços gerais da atual teoria da prova.

Evidentemente, como ressalta Portanova (2008, p. 197), o dever de motivação das decisões repercute, no processo, para muito além dos limites estritos do Direito Probatório. É certo que, em face de tal princípio, o juiz da causa, ao proferir uma decisão, não pode fugir a, pelo menos, duas limitações: a primeira delas condizente à própria lei - a decisão judicial deve ser fundamentada perante a lei e a Constituição, sob pena de nulidade (art. 93, inc. IX, CRFB); a segunda em relação à representação processual dos fatos trazida no processo, através do conjunto de provas, cujo desrespeito também acarreta a nulidade da sentença.

Assim, independentemente da decisão que venha a tomar (o Direito, em geral, não admite apenas uma “resposta correta”), o juiz é obrigado a, por meio da fundamentação, vinculá-la à verdade processualmente construída, em face da lei e, sobretudo, da Constituição.

Assim, concluindo o esboço histórico pretendido, atualmente, o *processo caracteriza-se como um procedimento de reconstrução, no âmbito judicial, dos fatos relacionados ao litígio discutido*. Não existe decisão judicial que não se lastreie nessa reconstrução, e as implicações de tal dependência serão analisadas no capítulo subsequente.

Vale acrescentar também que, se persistente a influência religiosa, mais ou menos pontualmente, nos ordenamentos jurídicos de alguns países e, sobretudo, nas questões relacionadas à prova, é possível afirmar que tal presença constitui-se em algo cada vez mais excepcional.

Por fim, se ainda presentes situações excepcionais em que a motivação da decisão judicial faz-se desnecessária (o clássico exemplo é a convicção íntima dos integrantes do Tribunal do Júri), a Constituição da República, em seu art. 93, IX, define como regra geral a obrigatoriedade de motivação nas decisões, sob pena de nulidade – fundamentadas perante a lei e, também, perante as provas coligidas nos autos.

### 1.3. COGNIÇÃO E VERDADE NO PROCESSO

No presente subcapítulo, serão abordadas as relações existentes entre a atividade probatória e os conceitos de *verdade* e *cognição* no âmbito do processo, analisando quais são as limitações que caracterizam a atividade cognitiva processual e identificando, por fim, com que grupo de limitações se relaciona a inflexibilidade da regra do art. 333 do Código de Processo Civil.

#### 1.3.1. A cognição judicial

Em que pese não haver consenso doutrinário sobre se a disciplina jurídica da prova restringe-se ou não ao Direito Processual (tópico 1.1.2.), é possível se afirmar, por outro lado, que é particularmente nessa área do Direito onde a matéria possui maior relevância e tratamento jurídico mais aprofundado, dada a importância assumida pela produção probatória à atividade judicial e, principalmente, ao que comumente se denomina no Direito Processual Civil de *processo de conhecimento*.

Vale aqui a observação de que, na verdade, como bem define Cassio Scarpinella Bueno (2012, p. 432), não existem propriamente “processos” diferentes (de conhecimento, de execução e cautelar), mas sim *atividades* ou *funções jurisdicionais* distintas. O *processo*, que em essência é um só, reúne as atividades de cognição, acautelamento e execução, sendo que, nas diferentes situações, há a preponderância de determinada função em detrimento das demais<sup>12</sup>.

É o processo, pois, o *método* de que se utiliza o Estado-juiz para praticar as *funções* jurisdicionais, dentre as quais a função de *conhecer* a relação jurídica exposta à sua apreciação – função esta intrinsecamente vinculada à produção probatória.

O *conhecimento*, ou a *cognição*<sup>13</sup>, no Direito Processual Civil, corresponde, enquanto função jurisdicional, à “técnica pela qual o magistrado tem acesso e resolve as questões que lhe são postas para apreciação” (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 311). É o meio pelo qual os fatos, externos e anteriores ao processo, são representados endoprocessualmente, do modo mais fiel o possível, a fim de se concretizar, a partir de tal representação, uma *verdade processual*, com base na qual se fará a aplicação da norma jurídica.

Nota-se, portanto, que a sentença, ato por meio do qual o juiz se manifesta de modo definitivo com relação à lide, engloba em si dois momentos distintos: o primeiro, que é *conditio sine qua non* para o segundo, consiste em declarar a verdade processualmente estabelecida (quais os fatos *para* o processo?), amparada, necessariamente, nas provas produzidas; o segundo consiste em definir, com base na conclusão anterior, o direito aplicável aos fatos assumidos como verdadeiros no processo.

---

<sup>12</sup> É em virtude dessa natureza (cada vez mais) complexa do processo civil que as denominações *processo de conhecimento*, *cautelar* e *executivo* têm perdido prestígio na doutrina, por serem impróprias. “Não deixa de ter importância a distinção entre as funções, que são diversas; perde-se a importância de distinguir as demandas conforme essas funções” (DIDIER, 2011, p. 221).

<sup>13</sup> Ao conceituar *conhecimento*, em sentido amplo - isto é, não restrito ao Direito - BAZARIAN (1985, p. 42) afirma que a palavra pode referir-se tanto (1) ao *processo de conhecer* (como em, p. ex., “O conhecimento dos fatos se dá pelas provas”), como também (2) ao *produto do conhecimento* (p. ex., “o advogado se destacou por seu notável conhecimento jurídico”). Com relação especificamente ao primeiro sentido destacado, pode-se dizer que *conhecimento* equivale semanticamente a *cognição* – o ato de conhecer.

Partindo do conceito de *conhecimento* para um enfoque mais concentrado dentro do estudo do Direito Processual, surgem aspectos mais específicos relacionados à cognição judicial - como, p. ex., a distinção entre as cognições sumária e exauriente, entre as cognições plena e limitada, etc. E, a toda evidência, por essa perspectiva chega-se também ao estudo da prova jurídica dentro do direito processual.

Por outro lado, partindo do conceito de *conhecimento* para uma análise sob uma perspectiva mais abrangente (isto é, movimentando-se para fora do Direito), chega-se a uma abordagem sua sob a perspectiva da *Teoria do Conhecimento* - área de estudo pertencente à Filosofia que “se preocupa em estudar os mecanismos da atividade cognitiva e os tipos de conhecimentos existentes” (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2008, pp. 06-07).

O objetivo de uma abordagem mais ampla não é distanciar-se temática do Direito Processual, mas sim delimitar as características particulares da cognição na atividade judicial, ao pô-la em comparação com as diversas outras atividades humanas que também se inserem no conceito de *cognição*.

Além disso, também o conceito de *verdade*, que se relaciona com o de conhecimento, possui uma identificação particular para o processo, que pode ser mais bem caracterizada ao se cotejá-la às demais “verdades” possíveis.

### 1.3.2. Cognição e verdade em sentido amplo

Conforme define o filósofo Jacob Bazarrian (1985, p. 41-42), o conhecimento, em sentido amplo, representa uma relação que tem de um lado um *sujeito cognoscente* e, do outro, um *objeto cognoscível*.

Considerando como exemplo a atividade judicial, trata-se de uma relação estabelecida entre o órgão julgador e o caso que se lhe põe à apreciação. Por outro lado, da perspectiva da atividade científica no Direito, é a relação estabelecida entre o cientista e o aspecto da realidade por ele estudado dentro do meio jurídico.

Toda cognição probatória, em qualquer área do conhecimento humano, se destina a preparar um julgamento conclusivo sobre a existência de certos fatos. São esses fatos que têm relevância para o cientista ou para o jurista,

pois, enquanto não definidos, não podem eles aplicar os princípios e regras do seu saber (GRECO, 2005, p. 438).

Já o termo *verdade* significa “o reflexo do objeto na mente, a adequação do pensamento com a coisa.” (BAZARIAN, 1985, p. 132). Ou seja, é o que, sob a perspectiva do sujeito cognoscente, guarda conformidade com a realidade, plano ao qual pertence o objeto cognoscível.

O oposto da verdade, tomada nesse sentido, seria então a ilusão, o irreal, a mentira (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2008, p. 11).

A partir desses dois conceitos, a relação que se pode estabelecer é a de que a verdade é o produto, o resultado do conhecimento; é a proposição que, partida da atividade cognitiva, corresponde, pela percepção do sujeito cognoscente, à própria realidade.

Ou, nas palavras de Pontes de Miranda (2000, p. 82):

O mundo material existe. É tudo quanto podemos afirmar. Negá-lo seria contradição de toda a utilidade, de toda a função, de toda a solidez, aproveitabilidade e significação do pensamento: negaríamos tudo e a nós mesmos. Mas dizer que o mundo “para nós”, o mundo que observamos e conhecemos, é composto de feições do real, não quer dar a entender que o mundo físico não exista. **Apenas assegura que a reprodução do real na inteligência seria outro real, a criação de outro mundo igual ao que nos rodeia e de que fazemos parte. Neste sentido, seria razoável considerar a verdade como consistente nessa relação específica entre o *processus* de conhecimento e o mundo (sublinhou-se).**

As provas, nesse sentido, constituem-se em elementos da realidade a partir dos quais o sujeito cognoscente pode não só alcançar a verdade, mas justificá-la intelectualmente. São os elementos que, no correr da atividade cognitiva, surgem e permitem a formulação das conclusões.

Sem deixar de considerar a equivocidade desses dois conceitos (em especial, o de *verdade*, cuja definição é uma das grandes questões de que se ocupa a Filosofia), são essas as acepções com que são empregados no presente trabalho.



### 1.3.3. Caracterização geral dos limites inerentes à cognição judicial

Retomando a análise específica da cognição *no processo* – e buscando individualizá-la enquanto espécie dentro do gênero cognição –, a primeira constatação que se impõe é a de que a cognição judicial, ao contrário da cognição empreendida nos campos da Ciência e da Filosofia, serve a finalidades eminentemente práticas, uma vez vinculada à finalidade do próprio processo, que é a resolução de conflitos reais postos à apreciação da Justiça.

Toda a atividade processual é voltada à verificação da procedência (ou da improcedência) da providencia judicialmente almejada, sendo o estabelecimento da verdade não o objetivo do processo mas meramente um meio necessário para que se possa fazer tal verificação.

Nesse sentido, conforme Taruffo e Micheli (*apud* ARENHART, 2005), “no processo a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado”.

Como já visto na breve síntese da história da prova judicial trazida na seção anterior (especificamente no tópico 1.2.2.), as ordálias representavam uma forma de aplicar o direito cabível ao caso sem que se recorresse à reconstrução fática, uma vez que a entidade sobrenatural cuidaria de assegurar a aplicação justa da lei. No entanto, modernamente, nas palavras de Arenhart (2005), “parece ser de uma evidência solar constatar ser imprescindível a reconstrução de tais fatos, a fim de que a hipótese prevista na norma seja adequadamente aplicada”.

Desse modo, conclui-se que a cognição judicial é uma atividade limitada, antes de tudo, pela finalidade que desempenha no processo, que é secundária, serviente ao escopo da correta aplicação do direito. Servem também como limites à atividade cognitiva no processo, como explicado pormenorizadamente nos tópicos subsequentes, (2) a intertemporalidade do processo cognitivo (no processo, regra geral, conhecem-se fatos já ocorridos) e (3) a necessária observância das prescrições legais na busca pela verdade.

Tais limitações, que são inerentes à ideia de processo judicial, além de delimitar a cognição judicial como uma realidade própria dentre outras atividades humanas relacionadas ao ato de conhecer, *restringem a sua potencialidade*, isto é, a

capacidade de o sujeito cognoscente extrair do objeto analisado uma impressão que corresponda ao máximo possível à realidade.

Sendo, portanto, elementos limitadores da cognição, são, correlativamente, elementos limitadores da atividade probatória (e do poder de convencimento das partes) ou ainda, como define Ferrajoli (2010, p. 52), limites da verdade processual. O tratamento ora dispensado, *limites da cognição*, é, nesse sentido, uma questão de perspectiva.

Se de um lado, a influência prejudicial desses fatores (que, em último grau, leva à “inesclarecibilidade” de determinadas situações no âmbito do processo) pode ser arrefecida por escolhas acertadas dos legisladores e dos administradores da Justiça na construção e prática de um processo judicial mais eficiente, por outro lado, crê-se absolutamente impossível a sua total neutralização. Sobretudo porque, frise-se, consubstanciam características próprias da atividade cognitiva judicial - são limitações intrínsecas, por assim dizer.

A seguir, analisam-se individualizadamente cada um dos fatores de limitação acima referidos.

#### 1.3.3.1. A vinculação da cognição à finalidade da atividade judicial

Como já afirmado, se a finalidade real do processo não é a busca da verdade si mas sim a tutela do direito, é certo que a atividade de cognição judicial deve ser realizada sempre de modo vinculado a essa providência almejada. No processo civil, se as partes procuram uma solução para determinado litígio, a busca da verdade deve necessariamente se dar de modo conveniente a tal finalidade.

Vale ressaltar que, conforme definem Lamy e Rodrigues (2010, p. 146), o processo não deve se preocupar somente com a resolução da lide: para além disso, é necessário que a resposta prestada aos jurisdicionados seja sobretudo justa e útil à efetiva resolução do impasse existente.

Dentro do que diz respeito à vinculação da cognição à utilidade do provimento judicial, o elemento tempo exerce inarredável função limitadora. O processo, desnecessário dizer, precisa ter seu término; e, regra geral, esse término deve ser

alcançado em prazo razoavelmente breve, de modo a se garantir a efetividade da tutela jurisdicional requerida - do contrário, a atividade processual esvazia-se de sentido.

Logo, entre a “melhor verdade possível” e a verdade que proporciona a tutela mais apropriada e útil ao caso concreto, prefere-se esta última.

Nesse mesmo sentido, leciona Chiovenda (*apud* GRECO, 2005, p. 446):

Em si, a prova da verdade dos fatos não pode ser limitada: mas a prova no processo, à diferença da prova puramente lógica e científica, sofre uma primeira limitação na necessidade social de que o processo tenha um término: passada em julgado a sentença, o exame dos fatos da causa é definitivamente precluso; e a partir daquele momento, o direito não se preocupa mais com a correspondência entre os fatos considerados pelo juízo e a realidade das coisas, e a sentença permanece como afirmação da vontade do Estado [...] (tradução nossa).

Logo, não pode o juiz depender, para o proferimento de uma sentença, do alcance da verdade dos fatos com uma consistência de teor científico, por exemplo; de uma comprovação incontestável, derivada de intensa atividade de investigação, dado que o custo para o alcance de tal representação dos fatos não é comportado pela realidade da atividade judicial. Muito pelo contrário, na imensa maioria dos casos, a verdade judicialmente estabelecida se sustenta em bases bem menos sólidas, na medida em que a atividade judicial assim requer para que seja viável.

Em uma ação judicial discutindo a guarda de criança ou adolescente, por exemplo, a determinação de qual dos dois pais tem *melhores condições* de ficar com a guarda do filho é uma decisão que os juízes que atuam nas varas de família têm recorrentemente de tomar. Baseiam-se, para tal, na análise de documentos relativos à renda, laudos psicológico e social, condições da moradia do pai e da mãe, dentre outras provas (indiciárias) que fornecem de fato subsídio suficiente ao julgador para a formulação de uma sentença que não ofenda ao princípio do livre convencimento motivado.

Contudo, insta reconhecer-se que o conhecimento realizado pelo órgão judicial nessas situações é relativamente superficial. Para a obtenção de um conhecimento asseguradamente fiel à realidade dos fatos, precisaria o juiz, por exemplo, conhecer o dia a dia de cada um dos pais da criança, acompanhá-los, se possível, podendo aí extrair motivos para uma decisão judicial mais bem

fundamentada. Contudo, evidentemente esse tipo de procedimento não é comportado pela realidade da atividade judicial, por uma infinidade de motivos (para citar um, a questão do tempo), sendo o que está ao alcance do magistrado da Vara de Família, quase sempre, tão somente os elementos indiciários da realidade daqueles pais.

Em resumo, dentro dessa vinculação da cognição à finalidade da atividade processual, os fatores tempo e custo, desdobram-se em dois limitadores: não faz sentido o estabelecimento tardio de uma verdade processual, posterior a qualquer utilidade do provimento jurisdicional, como também não serve o estabelecimento de uma verdade cujo custo (não se referindo aqui somente ao custo econômico) seja mais dispendioso à parte do que a vantagem do busca assumir com o processo.

#### 1.3.3.2. A intertemporalidade da atividade cognitiva no processo

Na célebre obra literária brasileira *Grande Sertão: Veredas*, o protagonista Riobaldo afirma, em defesa de companheiro seu que havia sido submetido a julgamento que poderia lhe custar a vida: “julgamento é sempre defeituoso, porque o que a gente julga é o passado” (ROSA, 2009, p.175).

Ao contrário de outras formas de conhecimento, em que o objeto de análise pode ser algo que integra a realidade presente, muitas vezes algo visível e palpável pelo sujeito cognoscente, no processo judicial, por outro lado, isso nunca ocorre: o julgamento é, por uma questão de pura lógica, sempre futuro ao fato julgado. A atividade cognitiva judicial é sempre intertemporal, e o fato de o objeto de cognição (que são os fatos) não estarem mais presentes favorece a ocorrência da “inesclarecibilidade”.

Lopes Junior (2011, p. 517) descreve essa situação como um paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: “um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã)”. O autor se referiu mais especificamente ao processo penal, mas a lógica se aplica da exata mesma forma também ao processo civil.

Em decorrência disso, os fatos são percebidos de forma sempre *indireta*, por assim dizer - isto é, pelos elementos situados no presente, integrantes do conjunto probatório composto no processo, com os quais se busca delinear uma representação do passado.

A respeito desse elemento limitador da cognição processual, destaca Ferrajoli (2010, pp. 55-56):

Sem necessidade de penetrar em todas as difíceis questões relativas ao conhecimento do passado, pode-se realmente afirmar que a verdade processual fática, da mesma forma que a verdade histórica, em vez de ser predicável em referência direta ao fato julgado, é o resultado de uma ilação dos fatos “comprovados” do passado com os fatos “probatórios” do presente. [...] Como todas as inferências indutivas, também na inferência historiográfica e na judicial, a conclusão tem, portanto, o valor de uma hipótese de *probabilidade* na ordem da conexão causal entre o fato aceito como provado e o conjunto de fatos adotados como probatórios. Sua verdade não está *demonstrada* como sendo logicamente deduzida das premissas, mas somente *comprovada* como logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução.

Nesse sentido, é notória a ocorrência de numerosos casos em que, quando da apreciação judicial de determinado evento, as suas consequências observáveis já se tenham desaparecido permanentemente. Se não documentada a existência do fato, nem presenciada por nenhuma pessoa hábil a testemunhá-la, não é possível ao julgador ter acesso ao suporte fático que embasa o pedido do autor, por exemplo, o que acaba por inviabilizar, conseqüentemente, a tutela jurisdicional.

#### 1.3.3.3. O método legal da comprovação judicial

Por fim, há que se observar, como terceiro (e mais importante) limite à cognição judicial, o extenso conjunto de regras e princípios que vinculam as partes e o juiz no exercício da atividade processual. Afinal, o objetivo do processo é de fato a reconstrução dos fatos do modo mais fiel possível, porém, desde que não se comprometam as ditas “regras do jogo”, para usar a expressão de Calamandrei (1999).

Nesse sentido, limita também a cognição judicial a necessária obediência à normatização legal e constitucional no que tange à atuação processual e à produção de provas. Não pode o julgador, a fim de conhecer com mais proximidade a questão

que lhe é posta, desvincular-se de princípios regentes da noção de processo tais como o princípio da isonomia, do devido processo legal, da licitude das provas, etc.

Por causa destas regras, a relação já mencionada entre a verdade e validade [...] resulta complicada: não é só a verdade que condiciona a validade, mas é também a validade que condiciona a verdade no processo. Esta é, com efeito, por assim dizer, uma *verdade normativa*, no triplice sentido: a) uma vez comprovada definitivamente, tem valor normativo; b) está convalidada por normas; c) é verdade na medida em que seja buscada e conseguida mediante o respeito às normas (FERRAJOLI, 2010, p. 62).

Tanto o regramento do processo civil quanto o penal conferem ao julgador a possibilidade de determinar a produção de provas, o que certamente permite uma impressão mais realista da situação discutida em juízo. Tal faculdade, não obstante, não autoriza que, por exemplo, objetivando a busca da verdade a todo custo, o juiz passe a atuar como um verdadeiro investigador, suplantando o papel das partes e conhecendo dos fatos de modo completamente descompromissado com a imparcialidade, com a ética e com o regramento legalmente estabelecido.

Se assim agir o juiz, em determinado processo, é de se supor que de fato eventualmente venha a conhecer com mais proximidade a realidade dos fatos do que a conheceria se houvesse respeitado o conjunto normativo que o vincula; mas, de todo modo, nessa situação, o conhecimento empreendido vai de encontro a toda a finalidade da atividade jurisdicional, não sendo válido o provimento jurisdicional dele derivado.

Se de um lado cabe ao julgador buscar conhecer a situação real trazida a juízo com o máximo grau de profundidade que lhe for possível, por outro lado, entre a busca da verdade e a observância das normas legais que incidem sobre a atividade processual, deverá logicamente preferir sempre essa segunda opção. Se admitida a atuação arbitrária do juiz com o escopo de se fazer justiça, desnecessário é o dispendioso aparato estatal para tal finalidade, pois, carente de qualquer legitimidade, esse “processo” em nada supera as práticas primitivas de autotutela.

No plano metajurídico, destaque-se que nem mesmo a mais acertada das decisões pode ser tida como justa quando proveniente de um processo essencialmente injusto. É possível que de processos justos emanem sentenças ditas injustas, mas o contrário, não: uma vez transgredidas as regras do jogo, não há acerto na decisão que justifique essa transgressão.

#### 1.3.3.4. O método legal da comprovação judicial e o art. 333 do Código de Processo Civil

O método legal da cognição judicial – ou da comprovação judicial, pela perspectiva empregada por Ferrajoli (2010) – é, dentre os três fatores restritivos acima abordados, o que assume maior relevância para o presente trabalho, uma vez que abordagem proposta para os capítulos seguintes incide justamente no papel negativo que a disciplina do ônus da prova no atual Código de Processo Civil exerce, ao impedir, em numerosos casos, que a situação discutida em juízo seja devidamente esclarecida.

Se o ordenamento vincula e valida a verdade processual, é necessário que o legislador intente projetá-lo no sentido de limitar o mínimo possível o conhecimento da realidade. Há limitações que se relacionam à própria ideia de processo<sup>14</sup> (não se pode falar em processo sem que se fale no limite definido, por exemplo, pelos princípios da isonomia, imparcialidade, etc.), mas há, por outro lado, limitações que não guardam a mesma finalidade.

É preciso, portanto, despertar atenção para o fato de que, ao lado das normas que guardam relação com a garantia da principiologia constitucional da atividade processual, as quais são indissociáveis da noção moderna de *processo*, há também as normas carentes de motivação, as normas protelatórias e os demais elementos integrantes do ordenamento jurídico que restringem as atividades probatória e cognitiva sem resguardar qualquer finalidade mais importante.

“[...] ainda são muitos, como veremos, os impedimentos processuais que obstaculizam ou atrasam inutilmente a investigação judicial e sua possibilidade de controle, afastando-a da consecução da verdade em vez de dela se aproximar.” (FERRAJOLI, 2010, p. 63).

É particularmente em virtude disso que a distribuição estática do ônus da prova, instituída no art. 333 do atual Código de Processo Civil, tem sido duramente criticada pela doutrina pelo fato de que, se aplicada à risca para todos os casos,

---

<sup>14</sup> Conforme LAMY e RODRIGUES (2010, p. 32), pode-se conceituar *processo* como sendo “um ato jurídico complexo constituído pela operação de um núcleo de direitos fundamentais, tais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, que opera sobre uma base procedimental [...]”.

tende em diversas situações a impossibilitar a cognição dos fatos pelo órgão julgador, estando a parte sobre a qual recai o ônus probatório absolutamente impossibilitada de fazer prova - inviabilizando-se, por conseguinte, a tomada de uma decisão acertada pelo juiz (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 95).

Considerando as situações concretas nas quais a regra do art. 333 do Código de Processo Civil reverte-se em um verdadeiro empecilho à atividade probatória, à cognição e ao estabelecimento de uma verdade mais bem embasada no âmbito do processo, tem a jurisprudência, sob o fundamento da prevalência da principiologia contemplada na Constituição da República no tocante à atividade processual, relativizado a aplicação do referido dispositivo, a fim de possibilitar a tutela de direitos que de outra forma não poderia ser feita.

Mas, conquanto a jurisprudência tenha encontrado soluções constitucionais à situação, a importância do regramento trazido no Projeto do Novo Código de Processo Civil é notória, na medida em que pacifica e institucionaliza na forma da lei a possibilidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (tópico 2.2.2.), garantindo, assim, que a incidência de decisões judiciais pautadas em verdades meramente formais (contrárias, na maioria das vezes, à realidade dos direitos das partes) diminua.



## 2. A PROVA COMO FATOR CONDICIONANTE AO ACESSO À JUSTIÇA

No presente capítulo, serão abordados (1) as significações contemporaneamente atribuídas ao conceito de *acesso à Justiça*; (2) o movimento renovatório do acesso à Justiça e as três “ondas” por ele contempladas; (3) o porquê de as situações de prova “diabólica”, definidas no capítulo anterior, representarem um empecilho à efetivação do direito ao acesso à Justiça – apresentando-se a teoria da dinamização do ônus da prova como uma possível solução às situações de prova “diabólica” unilateral – e, por fim, (4) de que modo a jurisprudência nacional tem lidado com o impasse anteriormente referido.

### 2.1. ACESSO À JUSTIÇA: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A significação que se atribui à expressão *acesso à Justiça*, contemporaneamente, supera a rasa compreensão que podemos dela ter como estritamente relacionada à garantia, no plano normativo, do direito de ação.

Na reconhecida obra *Acesso à Justiça*, de Cappelletti e Garth (1988, p. 04), síntese dos resultados obtidos através do “Projeto Florença”<sup>15</sup>, contempla-se um específico capítulo à análise teórica da evolução da definição do que vem a ser *acesso à Justiça*, sendo essa compreensão formalista, relacionada estritamente à garantia dos direitos de propor e contestar uma ação judicial, correspondente precisamente ao “ponto de partida”, de há muito superado, da evolução do conceito, vinculando-se às ideias liberais dos séculos XVIII e XIX.

Tendo-se apresentado de onde se partiu com o conceito de acesso à Justiça - a cuja evolução vinculam Cappelletti e Garth (1988, p. 04) uma evolução *pari passu* no ensino do Processo Civil – não pretenderam os autores, por outro lado, definir um conceito perfeito e acabado para essa expressão. Isso particularmente porque uma de suas constatações iniciais é a de que um conceito sedimentado de acesso à

---

<sup>15</sup> Tratou-se a obra *Acesso à Justiça* de um relatório geral que condensou “as ideias principais dos quatro volumes do Projeto Florença, coordenado por Mauro Cappelletti, na qualidade de editor-geral, na década de 1970, o qual contou com os esforços de juristas, politólogos, economistas, sociólogos, psicólogos, entre outros profissionais de diversas áreas e diversos países e continentes, todos envolvidos em torno do objetivo de estudar o fenômeno do acesso à Justiça nas sociedades contemporâneas” (CAPELLETTI, 2008, pp. 209-210).

Justiça é algo ainda por se definir. Trata-se ainda de algo em processo de construção, representando o final do século XX (bem como o começo do XXI) um verdadeiro momento de ruptura quanto às funções social e política do Poder Judiciário e do Direito Processual.

Inicialmente, vale destacar a equivocidade do termo *Justiça* na expressão discutida. Na sua leitura mais usual, faz-se, com tal expressão, referência ao acesso - pleno, universal e efetivo – à Justiça enquanto instituição (expressão sinônima, portanto, a Poder Judiciário). Mas há uma segunda leitura, mais ampla, que toma *Justiça* na acepção de valor, representando, nesse sentido, o acesso a uma sociedade, pode-se dizer, *livre, solidária e justa*, tal como propugnado pela Constituição (art. 3º, inc. I), onde se ofereçam, aos conflitos interpessoais, soluções efetivamente satisfatórias – quer por meio do Poder Judiciário, quer por outros meios. No presente trabalho, emprega-se a expressão no primeiro sentido - não descartando que “ambos os conceitos são válidos e não excludentes”, sendo, em realidade, complementares (LAMY; RODRIGUES, 2010, p. 214).

Tomando, pois, *acesso à justiça* na acepção de justiça enquanto instituição, é necessário se destacar ainda a existência de nuances significativas para a expressão, correspondentes a noções que se identificam entre si pelo núcleo de ideias a que se referem. Exemplificando e esclarecendo: em uma leitura da expressão no plano estritamente jurídico, é possível falar-se no *direito fundamental ao acesso à Justiça*, como direito subjetivo conferido a todos, que, conforme abaixo se detalha, vai bastante além do direito de ajuizar e de contestar uma ação; entretanto, fala-se também no *princípio* (ou *metaprincípio*) constitucional processual do acesso à Justiça, que notoriamente é algo diverso, ainda que correlativo.

Por fim, ocorre ainda o emprego da expressão da maneira mais ampla de todas, isto é, correspondendo a uma temática geral ou a um campo de estudo – o qual, em que pese englobar inúmeras questões atinentes à Ciência do Direito, a ela não se restringe, uma vez que grande parte dos entraves à universalidade, à

plenitude e à efetividade do serviço judiciário correspondem a fenômenos extrajurídicos, de que melhor dão conta outras tantas áreas do Saber<sup>16</sup>.

### 2.1.1. O acesso à Justiça enquanto direito social

Originariamente, o direito ao acesso à Justiça, entendido ainda como correspondente ao direito de ação, era pensado como inserto no rol das *liberdades públicas* – direitos de inspiração liberal, correspondentes à primeira dimensão de direitos fundamentais (por exemplo, os direitos à liberdade, à vida, à propriedade, etc.) – que, na visão jusfilosófica dos séculos XVIII e XIX, caracterizavam aos chamados “direitos naturais”.

A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 04).

A respeito desses direitos fundamentais de primeira dimensão, ou *direitos de defesa*, destaca Sarlet (2010, p. 274):

Na medida em que os direitos de defesa geralmente – e de forma preponderante – se dirigem a um comportamento omissivo do Estado, que deve se abster de ingerir na esfera da autonomia pessoal ou, de modo geral, no âmbito de proteção do direito fundamental, **não se verifica, em regra, a dependência da realização destes direitos de prestações (fáticas ou normativas) do Estado ou dos destinatários da norma. Além disso, a aplicabilidade imediata e a plena eficácia destes direitos fundamentais encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, em regra, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa [...]** (sublinhou-se).

Sob uma leitura contemporânea, o direito ao acesso à Justiça não mais pode ser incluído no referido grupo, uma vez que pressupõe, para a sua garantia, a atuação do ente estatal. A garantia da *universalidade*, atributo de direito fundamental, e a garantia da *eficácia* do direito ao acesso em suas plenas

<sup>16</sup> Pode-se destacar, por exemplo, a carência de instrução, por parte de integrantes de segmentos mais pobres da sociedade, em relação aos direitos que titularizam (em virtude do que deixam de reivindicá-los), ou o conjunto de fatores simbólicos, “axiológicos psicológicos e ideológicos que afastam da justiça (por medo, insegurança, sentimento de inferioridade, etc.) uma considerável parte da população brasileira” (LAMY; RODRIGUES, 2010, p. 142). São exemplo de questões que permeiam o *acesso à Justiça* que o Direito, de per si, não pode compreender em sua integralidade.

dimensões (ou seja, a garantia quantitativa e qualitativa do direito ao acesso à Justiça) não se fazem sem que o Estado assuma um papel comissivo na sua concretização. Nesse sentido, não existe categorização jurídica mais adequada ao direito ao acesso à Justiça senão como *direito social* – categoria na qual o inserem Cappelletti e Garth (1988, p. 5).

É importante se reconhecer que, em que pese a Justiça e as instituições a ela relacionadas revestirem-se simbolicamente de uma imagem deslocada dentro da atividade estatal, a prestação do serviço jurisdicional consiste, de qualquer modo, em serviço público, da mesma natureza do serviço público prestado nos hospitais, nas escolas; dos serviços de polícia, de assistência, de defesa civil, etc. Bastante lógico que se reconheça o acesso à Justiça enquanto direito social, tal como o são os direitos correspondentes a esses outros serviços.

O reconhecimento dessa equiparação por parte do jurisdicionado – com o afastamento da imagem mistificada do Poder Judiciário como alguma instituição de natureza distinta do restante do Serviço Público (imagem que se reafirma na suntuosa estrutura dos fóruns, nas vestes talares, na linguagem inacessível das práticas jurídicas, etc.) – encontra-se, inclusive, dentro dos objetivos projetados pelo movimentos renovatórios do acesso à Justiça.

A respeito do acesso à Justiça enquanto direito (não só do autor mas também do réu), vale a exposição das considerações de Marinoni (2011, p. 316):

A questão do acesso à justiça não diz respeito apenas àquele que se imagina titular do direito à tutela do direito material, isto é àquele que tem de ser valer do direito de ação, mas também do réu. Isso porque a questão do acesso à justiça se originou da necessidade de integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais. O direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como um simples direito de propor a ação e de apresentar defesa -, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício.

Por fim, o aspecto *prestacional* é, portanto, o elemento identificador do direito ao acesso à Justiça como um direito fundamental pertencente à família dos direitos sociais. Cappelletti e Garth (1988, p. 5) destacam que “o ‘acesso’ não é apenas um direito fundamental social, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.” (ilustrando o que se

afirmou no começo deste tópico, note-se a sutil mudança de sentido na expressão acesso à Justiça no excerto, de *direito*, primeiro, para algo como *temática de estudo*, posteriormente).

Os objetivos dos movimentos renovatórios do acesso à Justiça dependem, em sua imensa maioria, para sua concretização, da tomada de providências por parte do Poder Público, correspondentes a prestações normativas (p. ex., a promulgação de normas infraconstitucionais que regulamentem princípios constitucionais processuais) e, sobretudo, a prestações fáticas (tomada de medidas, para além da legislação, que viabilizem o acesso). Há que se reconhecer, portanto, o acesso à Justiça antes de tudo como direito subjetivo fundamental social.

#### 2.1.2. O acesso à Justiça enquanto metaprincípio constitucional processual

Para além de direito fundamental, há uma segunda leitura quanto ao acesso à Justiça considerado no plano estritamente jurídico: o *princípio constitucional processual do acesso à Justiça*.

O direito ao acesso à Justiça e o princípio constitucional processual do acesso à Justiça são dois conceitos interconectados, mas, independentemente disso, cada um deles possui uma significação particular. Caracterizam, pois, duas maneiras complementares de se enxergar uma mesma realidade jurídico-política.

Ao mesmo tempo em que se consubstancia em um direito subjetivo fundamental social de cada jurisdicionado, ao provocar o Poder Judiciário, obter prestação judicial que satisfaça seus reais interesses, *constitui-se em uma obrigação, constitucionalmente imposta ao Poder Público, a atuação por múltiplas vias no sentido de garantir a prestação de serviço judicial universal, amplo e efetivo na garantia dos direitos dos jurisdicionados*.

A garantia universal dos direitos, primeiro aspecto destacado, impõe que o Poder Público atue no sentido de garantir que o serviço judicial seja de fato acessível a todos – a garantia formal de acesso não atende ao princípio do acesso à Justiça, tal como a igualdade formal não atende o princípio constitucional da igualdade (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 04).

A garantia ampla dos direitos impõe que o acesso efetivo e universal à justiça não se reserve à tutela de parcela, significativa ou não, dos direitos normativamente garantidos aos jurisdicionados. Ao contrário disso, o Judiciário deve estar apto à garantia da integralidade dos direitos, individuais ou transindividuais, patrimoniais ou não patrimoniais, disponíveis ou indisponíveis, etc.

Por fim, a garantia da efetividade impõe que a prestação jurisdicional oferecida (a todos e com relação a qualquer tipo de direito) seja realmente apta a solucionar as questões reais por detrás do processo judicial. Em outras palavras, a resposta estatal fornecida não deve se direcionar meramente à resolução da lide mas sim do impasse que provocou a instauração do processo.

Destaque-se ainda a implementação conjunta desses três fatores pressupõe uma atuação multifacetária do Estado, na medida em que existem, para o alcance pleno de cada um deles, empecilhos de naturezas variadas, que dependem, portanto, de soluções diversas que devem ser administradas conjuntamente.

A atuação judicial que se furte à consideração de qualquer dos elementos supradestacados - universalidade, amplitude e efetividade - esvazia-se completamente de sentido. Não se compatibiliza com o princípio do acesso à Justiça situações como a garantia formal de amplos direitos, a garantia ampla e efetiva de direitos de poucos privilegiados, capazes de acessar a máquina judiciária; a garantia efetiva de direitos individuais patrimoniais da universalidade (e a garantia formal dos demais direitos), etc.

Tomando em consideração esses três elementos, é possível facilmente concluir que a principiologia associada ao acesso à Justiça não se resume, portanto, à previsão constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB): na verdade, a inafastabilidade seria apenas um dos elementos que, associados, representam de fato a configuração complexa que o acesso à Justiça assume na Constituição Brasileira.

Não é por outro motivo que Lamy e Rodrigues (2010, pp. 214-15) referem-se ao *metaprincípio constitucional processual* do acesso à Justiça, como se tratando de uma figura jurídica situada para além dos princípios, que neles se materializa.

A garantia do acesso à justiça não significa apenas a garantia de acesso e apreciação pelo Poder Judiciário. Sua extensão é bem mais ampla e busca garantir os meios adequados de acesso, a celeridade dos procedimentos, a adequada resposta ao problema trazido a juízo, a efetividade do resultado, mediante instrumentos adequados de execução e segurança jurídica das partes, tornando definitivo o resultado final. Quer dizer, ela inclui o direito a ingresso, procedimento, cognição (tanto em sentido horizontal, que diz respeito à sua extensão, como vertical, que se refere à sua profundidade), provimento e execução adequados ao direito material buscado em juízo, bem como que todo o processo ocorra de forma célere. [...] Pela extensão de seu conteúdo, não pode a garantia do acesso à justiça ser localizada especificamente em um princípio constitucional. Em realidade, ela se espalha por um conjunto de garantias constitucionais, em regra denominadas de princípios constitucionais do processo. E no conjunto desses princípios se encontra a garantia do acesso à justiça. Nesse sentido, pode mesmo ser visto como um metaprincípio constitucional.

Destarte, afastando-se definitivamente a ideia do art. 5º, XXXV, da Constituição como sendo, por si só, a previsão legal do acesso à Justiça, é possível, contudo, dizer-se que existe no ordenamento brasileiro dispositivo que, em que pese não prever de fato toda a significação do acesso à Justiça enquanto metaprincípio, positiva de modo conjunto vários aspectos seus. Trata-se do art. 8º, I, do Pacto de San José da Costa Rica, o qual integra o ordenamento jurídico brasileiro por força do art. 5º, §2º, da Constituição, assim dispondo:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Trata-se de uma condensação de uma série de princípios constitucionais, sendo de fato o que mais se aproxima de uma positivação, em um único dispositivo, do metaprincípio do acesso à Justiça.

Vale acrescentar, por fim, que o Projeto do Novo Código de Processo Civil traz, no capítulo I do título I do seu primeiro livro, o conjunto das “normas fundamentais do processo civil”, podendo tal conjunto de normas ser tido como uma representação infraconstitucional - mais sistemática do que a que se encontra na Constituição - da significação dos princípios que compõem a ideia de acesso à Justiça.

### 2.1.3. As “ondas” renovatórias do acesso à Justiça

Conforme já assinalado, a expressão *acesso à Justiça* além de corresponder ora a um metaprincípio constitucional, ora a um direito fundamental social, em uma leitura sua mais ampla, por outro lado, também pode se empregar como designativo de um *programa de reformas* político-culturais que incidem sobre a administração da Justiça – propondo-se uma visão mais ampla quanto à função assumida pelo Poder Judiciário e pelos diversos atores, internos e externos, que concorrem para o seu funcionamento.

Em outras palavras, constitui-se em um dos pontos de discussão do movimento renovatório do acesso à Justiça a necessidade de uma reforma cultural do *método de pensamento* dos juristas (CAPELLETTI, 2008, 2010). Conforme define Cesar (2002, p. 51), “não se pode deixar de ressaltar que o acesso à Justiça, dentro de uma perspectiva mais ampla, deve também ser visto como instrumento político, como movimento transformador; e mais, *como uma nova forma de conceber o jurídico*” (destacou-se).

A superação de uma visão restritiva do Direito e particularmente do Direito Processual Civil, pautada em um raciocínio jurista e apegado à ficcionalidade, é o primeiro passo para que se possa reconhecer a real significação das propostas de reformulação surgidas com as denominadas “ondas renovatórias do acesso à Justiça”.

Quer-se dizer, o reconhecimento da importância e da real dimensão desses movimentos pressupõe o reconhecimento da *efetividade* como elemento não só ínsito ao fenômeno jurídico, mas nele central e dele justificador. E é certo que esse primado pela *efetividade* deve se dar, muitas vezes, em detrimento da *cientificidade* e da *tradicionalidade*. O “novo método de pensamento” deve trazer consigo um novo balanceamento entre esses valores.

Tal posicionamento foi assumido na elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, conforme se define em sua exposição de motivos:

Não se deixou de lado, é claro, a necessidade de se construir um Código coerente e harmônico *interna corporis*, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade. De fato, essa é uma preocupação presente, mas que



já não ocupa o primeiro lugar na postura intelectual do processualista contemporâneo.

Partindo-se, pois, da necessidade da reformulação do pensar jurídico para se abordarem as manifestações do movimento renovatório da Justiça mais propriamente relacionadas ao funcionamento das instituições de administração da Justiça em si, necessário partir-se da divisão estabelecida na obra de Cappelletti e Garth (1988) que expõe as grandes vertentes de proposições práticas para o enfrentamento do problema de acesso à Justiça.

Oportuno destacar que as denominadas três grandes “ondas” renovatórias do acesso à Justiça correspondem, em certa medida, à busca de cada um dos fatores identificados na seção anterior – *universalidade*, *amplitude* e *efetividade* –, como aspectos a serem considerados pelo Poder Público para a prestação de serviço judiciário que de fato atenda de maneira plena aos princípios constitucionais processuais.

Não se trata, portanto, de três movimentos que se substituíram no correr do tempo. A organização em três ondas diversas deu-se particularmente pelo fato de que o despertar da comunidade jurídica e política para as questões relacionadas a cada uma das “ondas” deu-se de modo progressivo. Nesse sentido, o surgimento da segunda onda não decorreu da concretização dos objetivos da primeira, tampouco a terceira dos da segunda. O Poder Judiciário brasileiro ilustra de maneira clara como as complicações relacionadas a cada uma das ondas coexistem e se inter-relacionam.

O primeiro desses três movimentos renovatórios, vinculado a reivindicações que se relacionam mais propriamente à universalização do acesso, diz respeito à prestação de assistência jurídica aos economicamente hipossuficientes, incapazes de arcar com o custo de se estar em juízo.

De nada adianta afirmar-se que todos são sujeitos de direitos se não se criam as condições necessárias para que todos possam ver seus direitos atuados concretamente pelo Judiciário. O fato de o serviço judiciário ser pago sempre foi um obstáculo a que as camadas mais carentes da sociedade tivessem negado o direito à tutela jurisdicional. Foi preciso, assim, que se regulamentasse a assistência judiciária. Esta existe, no Brasil, há pelo menos cinquenta anos, desde a edição da Lei nº 1.060/50. Ao menos em tese. Isto porque há uma série de lugares em que não existe órgão de prestação de serviços de advocacia gratuita. É preciso, assim, que a Defensoria Pública esteja instalada em todas as comarcas do país, e tenha condições de funcionar adequadamente (CÂMARA, 2002, p. 03).

Em que pese aspirações no sentido da universalização do acesso à Justiça (numa perspectiva da igualdade material) terem surgido na primeira metade do século XX, advenientes da popularização do modelo de Estado do Bem Estar Social, a efetiva consolidação da busca dessa universalização como movimento de caráter global deu-se somente a partir da década de sessenta (CESAR, 2002, p. 58).

Das diversas medidas implementadas no sentido de combater o problema da exclusão das camadas mais pobres do serviço judiciário, destacam-se, como dois grandes modelos de assistência jurídica à população necessitada, de um lado o denominado *Sistema Judicare* - o precursor da advocacia dativa, presente em grande parte dos estados brasileiros - e, do outro lado, a advocacia pública - no Brasil, exercida pela Defensoria Pública, a qual a Constituição da República erige ao patamar de “instituição essencial à função Jurisdicional do Estado” (CRFB, art. 134).

Nos moldes do Sistema Judicare, a advocacia dativa exercida no Brasil funciona com base na colaboração entre os estados federados e profissionais liberais da advocacia. Nesse sentido, o advogado inscrito no programa, que é administrado pelas seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, é indicado para exercer a representação judicial de pessoa hipossuficiente em determinada causa judicial, recebendo posteriormente contraprestação paga pelo Poder Público.

A principal crítica a esse sistema reside no fato de que por meio dele não se proporciona de fato assistência jurídica, mas tão somente assistência judiciária, uma vez que não se oferecem serviços de assistência jurídica extrajudicial. Há que se destacar ainda a ineficiência burocrática do sistema, que tarda a fornecer a devida contraprestação aos procuradores pelos serviços prestados, o que desestimula os profissionais da advocacia a participarem do programa (MATTOS, 2009, p. 99). Além disso, a advocacia dativa não possibilita a tomada de iniciativas no campo da tutela coletiva, em prol dos hipossuficientes.

A advocacia pública, por outro lado, abarca as iniciativas havidas no sentido de colocar a tarefa de prestar assistência jurídica gratuita como responsabilidade de instituições governamentais próprias para tal fim. Nesse modelo, o serviço de assistência jurídica é prestado à população diretamente pelo Estado, por meio de funcionários públicos.

Em que pese o fato de a advocacia pública encontrar também limitações, em particular quanto ao alcance do serviço, as vantagens desse modelo sobre a advocacia dativa são notórias, pois, como ressaltam Cappelletti e Garth (1988, p. 15), ele “ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. Ademais, ela pode apoiar os interesses difusos ou de classe das pessoas pobres”.

Nesse sentido, considerando a importância da advocacia dativa como serviço *complementar* de assistência aos hipossuficientes, o problema da universalização do acesso à Justiça pressupõe uma atuação ampla do Poder Público, no sentido de garantir não só a assistência judiciária, mas também a assessoria jurídica, bem como programas de conscientização visando ao esclarecimento da população carente quanto aos direitos que titularizam. Tal atuação multifacetária pode ser empreendida pelas defensorias públicas estaduais e pela Defensoria Pública da União, de modo que o fortalecimento dessas instituições é decerto uma diretriz contemplada pela primeira onda do movimento renovatório do acesso à Justiça.

A segunda onda, identificada com a noção de amplitude supradestacada, passa da universalidade do acesso aos titulares de direito para a garantia da tutela universal dos direitos, particularmente dos denominados direitos *metaindividuais* ou coletivos “*lato sensu*”.

É inegável que o Processo Civil, por conta de sua concepção histórica, lida melhor com a garantia de determinados direitos - notadamente os de conteúdo individual patrimonial - em detrimento de outros, porquanto toda a sua sistemática foi de fato originalmente pensada para a tutela especificamente desses direitos.

Nesse sentido, em que pese já ter sido reconhecida e positivada uma série de direitos fundamentais de caráter transindividual, como o direito à cultura, ao meio ambiente equilibrado, à Cidade, etc., o sentido apontado por essa segunda “onda” é propriamente o de criar mecanismos processuais eficientes que de fato assegurem a tutela desses direitos.

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses

individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. [...] a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a “citação” e o “direito de ser ouvido”. Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam “citados” individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 19).

Da promulgação do “Código Buzaid” até o presente momento, o ordenamento jurídico brasileiro foi municiado de uma série de instrumentos processuais orientados por essa segunda “onda” renovatória, no sentido de sanar a lacuna presente no referido código quanto ao denominado *processo coletivo*. Vale o destaque da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 1985), da bastante atual Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016 de 2010), que traz nos seus arts. 21 e 22 a previsão do denominado mandado de segurança coletivo, e, mais importante, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990), que, conforme afirmam Didier Júnior e Zaneti Júnior (2012, p. 48), faz as vezes de um código de processo coletivo brasileiro, sendo suas disposições concernentes à tutela coletiva das relações consumeristas aplicadas de maneira mais ampla, na medida em que bem servem à tutela dos direitos transindividuais em geral.

Contudo, o futuro próximo promete implementos mais ambiciosos no campo da tutela coletiva, na medida em que segue tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.139/09, sendo possível que venha de fato a se concretizar no tão aguardado código de processo civil coletivo brasileiro, dispensando-se a tal aspecto do processo civil um regramento sistêmico e adaptado à natureza própria dos direitos metaindividuais.

Por fim, a terceira “onda” do movimento renovatório do acesso à Justiça - e certamente a que possui maior identificação com o presente trabalho - corresponde ao mais amplo subconjunto do programa de reformas propugnado. Se a ideia de *efetividade* compõe um inarredável contrapeso às noções de *universalidade* e *amplitude*, fazendo-se uma comparação às duas primeiras “ondas” renovatórias, o

*enfoque do acesso à Justiça*, para utilizar da denominação de Cappelletti e Garth (1988, p. 25), toma a efetividade de per si como o norte apontado.

A amplíssima variedade de reformas ínsitas a essa terceira “onda” encontram identificação na medida em que visam, de uma maneira ampla, à instituição de mecanismos que deem conta da resolução dos litígios de maneira *efetiva*, isto é satisfatória, definitiva. Defende-se a instituição de mecanismos com esse escopo dentro do processo jurisdicional, mas também fora dele (como, por exemplo, o incentivo à cultura da mediação e à utilização da arbitragem) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A extensa variedade de temas compreendidos vai desde a instituição de um processo mais eficiente, passando pela proposição de novas maneiras de prestação dos serviços jurídicos (como mediante “planos de assistência jurídica”) para abarcar, por fim, questões relativas à simplificação do Direito (como pressuposto à democratização do acesso ao Direito) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Dentro desse conjunto de proposições, no que se refere especificamente às mudanças relacionadas diretamente com o processo civil, é possível falar-se, de forma ampla, no aprimoramento dos procedimentos judiciais, tornando-os mais aptos à solução dos problemas reais submetidos à Justiça.

Numa perspectiva mais específica, sugere-se, para tal fim, a especialização dos procedimentos e dos órgãos judiciais (esteira pela qual se seguiu com a instituição dos “juizados de pequenas causas” e dos atuais juizados especiais). Especializar é uma maneira não somente de permitir que determinados direitos sejam de fato tuteláveis, mas também de perfectibilizar a tutela desses direitos, ao atribuir-lhes ritos processuais que sejam aptos a garantir-lhes a efetividade e órgãos judiciais específicos, com profissionais especializados no trato de determinadas questões jurídicas (como é o caso dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, por exemplo).

Mas a especialização não é a única via que a terceira onda movimento renovatório do acesso à Justiça propõe para a construção de um processo judicial mais efetivo. Há que se considerar, inclusive, que a própria tendência da especialização dos procedimentos tem um “ponto ótimo” no que concerne à

construção de uma Justiça acessível. Para além dele, corre-se o risco de criar-se uma Justiça confusa e ineficiente, composta de uma vastidão de juízes especialistas, ilhados nos seus próprios “departamentos do direito”, e fadados à assunção de uma visão viciada da atividade jurisdicional (sem contar a multiplicação exponencial de conflitos de competência, positivos e negativos, a contribuir para o abarrotamento de processos nas instâncias superiores). Mais: por uma perspectiva mais teórica, a especialização de órgãos e procedimentos, se levada ao exagero, acabaria por ocasionar de certa forma o retorno da visão civilista da ação judicial – com a correspondência, para cada direito, de uma ação (e um procedimento e um órgão jurisdicional que lhe assegure), tal como previa o já superado art. 58 do Código Civil de 1916.

Nesse sentido, considerada a especialização até o limite do que é conveniente, é preciso pensar, sobretudo, em outras medidas que tornem o processo (e o procedimento comum) mais adaptável à tutela das relações jurídicas de variadas naturezas. A questão cinge-se à ideia de flexibilidade, para que, excluindo-se os direitos contemplados pela especialização, todos os demais sejam efetiva e isonomicamente tuteláveis pelo rito comum. Tendo isso em vista, parece evidente que o aumento do espaço de atuação dos sujeitos do processo, em detrimento da rigidez da lei, é a solução, na medida em que a eles se permite moldar o processo de modo próprio e conveniente à questão discutida (não só à matéria de direito discutida mas às peculiaridades fáticas do caso concreto discutido), o que contribui para um resultado mais valoroso da atuação judicial.

O estabelecimento de uma regra mais adaptável quanto ao ônus da prova, objeto de estudo deste trabalho, insere-se precisamente nessa questão. É significativa a contribuição da regra especial quanto à distribuição do ônus da prova, prevista no Projeto do Novo Código de Processo Civil, à implementação do ponto do programa de reformas da terceira “onda” renovatória do acesso à Justiça condizente com o estabelecimento de um processo judicial mais eficiente. Essa, contudo, é uma questão à qual se reservou o tópico 2.2. do presente capítulo para uma análise mais detida.

#### 2.1.4. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e acesso à Justiça

Se à temática do acesso à Justiça corresponde uma maneira inovadora, mais ampla e menos formalista de se enxergar o Processo Civil, indispensável que se dê destaque à sua inter-relação com o que se tem chamado contemporaneamente na doutrina de *neoconstitucionalismo*, e particularmente com a sua vertente mais próxima do Processo Civil, o *neoprocessualismo*.

Certamente há muito que se anotar a respeito de tal inter-relação; por ora, considerando-se os objetivos deste trabalho, cumpre apenas apresentar a significação desses conceitos e a sua relação com a temática do acesso à Justiça.

Tratando primeiro do conceito-origem, para chegar-se ao originado, o *neoconstitucionalismo* representa verdadeiramente um novo viés para o estudo e a aplicação do Direito, representado por uma série de novas teorias que transmutam desde o aspecto “micro” do universo jurídico, que seria a norma jurídica, até o “macro”, que corresponde não só à integralidade do ordenamento jurídico mas também ao fenômeno interpretativo, ao funcionamento das instituições do Direito, ao papel dessas instituições e de seus operadores, etc. Ambas as realidades mencionadas ganham uma nova interpretação sob o paradigma do neoconstitucionalismo, em oposição à visão positivista do Direito.

O aspecto “micro” do Direito para o jurista adaptado ao paradigma positivista seria o próprio texto da lei, que para ele corresponde à própria ideia da norma jurídica – não existe dissociação entre uma coisa e outra.

Fazendo o uso de uma comparação, pode-se dizer que, de toda a realidade que é objeto de estudo da Ciência Jurídica, a norma constitui-se de fato no elemento mínimo – o “átomo do jurista”. Não obstante, tal como os estudiosos da Física compreenderam que o átomo, outrora o objeto mínimo daquela ciência, guardava em si uma complexa variedade de outros elementos, no contexto do neoconstitucionalismo, despertou-se o jurista para o fato de que a *norma jurídica* é também um ente complexo.

Desperta-se, com o neoconstitucionalismo, para o fato de que o texto é apenas um dos seus elementos – o denominado *programa da norma*, na terminologia da teoria estruturante da norma de Friedrich Muller (*apud*

CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 23) – existindo, como segundo elemento a parte do sentido que é inerente à aplicação da norma, extraído pelo intérprete a partir da consideração do texto perante a situação concreta – que, seria, para o referido autor, o que se denomina *âmbito da norma*. Assume-se, a partir disso, a ideia de que *interpretar* é mais do que extrair o sentido do texto: é complementar o sentido, ou ainda, *concretizar* o sentido.

Ainda a partir do neoconstitucionalismo, concomitantemente ao descobrimento da realidade complexa da norma jurídica, bem como da existência, dentro do conceito de *norma*, das denominadas *regras* e dos *princípios* - ganhando importância os últimos em detrimento das primeiras - perdeu também espaço a ideia da *subsunção* da norma ao fato, em favor da ideia de *ponderação*, a qual “exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata” na aplicação da norma jurídica, reforçando-se a noção de que parte do conteúdo da norma é obtido apenas ao considerá-la face ao caso concreto (AVILA, 2009, p.02).

Já no plano “macro” do Direito, pode-se destacar como um dos fenômenos que representam o neoconstitucionalismo o crescimento da atuação do Poder Judiciário enquanto responsável pelo cumprimento dos ditames constitucionais (AVILA, 2009, p. 03). Há ainda que se destacar a reinterpretação do papel da Constituição, que passa a ser vista como fonte direta e autoaplicável do Direito, superando-se definitivamente, portanto, uma compreensão sua como sendo tão somente uma carta de conteúdo programático, ou mesmo simbólico.

Os aspectos do neoconstitucionalismo que mais se aproximam do Direito Processual conformam o conceito de neoprocessualismo, que, na leitura de Lourenço (2012), representa o atual estágio do desenvolvimento do Processo Civil, podendo ser pensado como o “suporte crítico para a construção não somente de ‘novas’ teorias e práticas, mas, sobretudo, para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas à prestação jurisdicional” (LOURENÇO, 2012, p. 154).

Nesse sentido, levando adiante as conquistas adquiridas durante o momento histórico do Processo Civil denominado *instrumentalismo*, no sentido de agregar à já reconhecida independência do processo civil em relação ao direito material (o que se demarcou a partir do *processualismo científico*) a vinculação da finalidade do



processo à realização do direito material, o *neoprocessualismo* propugna ainda, conforme Herzl (2012), o repensar do próprio conceito de *processo* à luz dos direitos fundamentais.

Atualmente, processo não mais pode ser conceituado como uma mera relação jurídica processual. O processo deve ir além: primeiro, conceitua-se o processo pela observância dos direitos fundamentais a eles atinentes, aplicados a uma base procedimental; segundo, impõe-se desatar as amarras que o limitam à atividade jurisdicional, ou seja, é perfeitamente possível a existência de processo fora da jurisdição. [...] a marca distintiva do processo é a participação dialética das partes diante de uma base procedimental, razão por que resta superado o conceito tradicional de relação jurídica processual e, por consequência, significa que há *processo extrajudicial*, e que nem por isso deixa-se de aplicar os direitos fundamentais processuais constitucionalizados (HERZL, 2012, pp. 81-82).

Independentemente da diferença de abordagem, fica claro que esse referido “alargamento” do conceito de processo em tudo se relaciona com as diretrizes englobadas na terceira onda do movimento renovatório do acesso à Justiça que defendem a diversificação e a popularização de métodos extrajudiciais de resolução de conflitos.

Vale mencionar ainda o *formalismo-valorativo*, outra tendência que gravita em torno do *neoprocessualismo*, que se baseia no reconhecimento de que, na medida em que a formalidade constitui um elemento indissociável do processo – e isso se respalda no próprio princípio do devido processo legal, em nome da organização, da previsibilidade e sobretudo da segurança –, essa mesma formalidade, por outro lado, não pode ser tida como um fim em si mesma, e somente se justifica na medida em que se vincula diretamente à concretização dos valores albergados pela Constituição.

“Não se pode admitir uma valorização excessiva do rito, com o afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com o sentimento de Justiça” (LOURENÇO, 2012, p. 159). Nesse sentido o devido processo legal e a instrumentalidade das formas devem se harmonizar no sentido de estabelecer no processo um formalismo limitado e prestativo à consecução das suas reais finalidades, ressaltando-se que, no âmbito da terceira “onda” renovatória do acesso à Justiça, todas essas preocupações são também presentes, deixando-se, novamente, o questionamento (que de fato merece um estudo à parte) da verdadeira relação entre esse novo momento do Processo Civil, intitulado *neoprocessualismo*, e à temática do acesso à Justiça.

## 2.2. A QUESTÃO DA PROVA IMPOSSÍVEL E O ACESSO À JUSTIÇA

Considerando (1) o acesso à Justiça enquanto programa de reformas, e especificamente, o aprimoramento da adaptabilidade do processo e dos procedimentos em geral dentre as diretrizes propugnadas pela terceira onda renovatória e (2) a vinculação da possibilidade da prestação de tutela jurisdicional efetiva ao estabelecimento, por meio da cognição judicial (lastreada na atividade probatória) de uma verdade processual que esclareça, de modo suficientemente fiel à realidade, a relação jurídica discutida em juízo<sup>17</sup>, o objetivo do presente capítulo constitui-se, portanto, na exposição (1) das implicações da questão da prova impossível ou excessivamente difícil para a efetividade do processo, (2) das vantagens da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nas situações de incidência unilateral de prova impossível e, por fim, (3) da orientação que tem seguido a jurisprudência nacional em relação à questão, face à ausência de previsão expressa da distribuição dinâmica do ônus da prova na legislação processual vigente.

### 2.2.1. A prova impossível como limite ontológico do processo judicial

Conforme analisado no Capítulo 1, a prestação da tutela jurisdicional vincula-se a uma verdade processualmente estabelecida que se lastreia, sobretudo, na atividade probatória. Nesse sentido, o processo judicial sem provas é possível somente em termos meramente teóricos, uma vez que sua efetividade prática é incontornavelmente inexistente.

Não seria, de fato, um lastro probatório mínimo *condição de existência* da ação civil (ao contrário da ação penal, vale acrescentar); contudo, a inexistência da possibilidade da prova esvazia a atividade processual de utilidade prática e, portanto, de sentido.

Aceitar essa evidente conclusão é o primeiro passo para enxergar o grave dilema da prova – ou da falta da prova, que, para além de ser um problema particular para o demandante (ou em dadas situações para o demandado), constitui-se também em um problema para do Estado, enquanto garantidor inafastável da

---

<sup>17</sup> Tópico 1.3.

tutela dos direitos dos jurisdicionados, conforme lhe impõe a Constituição (art. 5º, inc. XXXV).

Inafastável senão pela “inesclarecibilidade”, forçoso reconhecer.

É, destarte, objetivo do Estado a construção de um processo mais apto a propiciar o conhecimento real das situações judicializadas – menos vulnerável à “inesclarecibilidade”, portanto. E uma maneira de se cumprir com tal objetivo é sem dúvida a flexibilização do processo judicial, conferindo-se mais liberdade de atuação às partes e ao julgador, particularmente no que se refere à questão probatória.

É importante repisar que nem todas as situações têm solução e que, se é possível afastar a incidência das limitações da falta de provas no processo, não se pode, contudo, eliminá-la por completo, na medida em que a moderna noção de processo se respalda em métodos racionais de convencimento, baseados na atividade de reconstrução dos fatos.

Se esse modelo se demonstra definitivamente superior aos “modelos metafísicos de processo” aplicado durante a Idade Medieval (abordados no tópico 1.2.2.), na medida em que garante segurança e previsibilidade na resolução de conflitos, o efeito colateral disso é que o processo judicial, tal como o concebemos, depende de uma atividade racional de reconstrução para qual nem sempre há o subsídio probatório necessário.

O processo é um remédio à infração das regras jurídicas, mas que é neutralizado pela infração que ninguém vê ou ouve (senão a vítima) e que não deixa vestígios, como, por exemplo, a situação descrita por Gerhard Walter, reproduzida por Marinoni (2006, p. 03):

Pense-se no exemplo [...] da vítima que foi nadar em clube de natação que deixou de informar, seguindo as regras legais, a profundidade das piscinas aptas àqueles que ainda estavam aprendendo a nadar. Ocorrida uma morte em piscina de grande profundidade, sem que essa estivesse definida como imprópria aos nadadores iniciantes, os familiares do falecido ingressaram com ação ressarcitória. Os autores afirmaram que a vítima morreu afogada, enquanto que o réu disse que a morte teria sido ocasionada por um colapso. Não havia como demonstrar uma coisa nem outra e, assim, existia uma situação de “inesclarecibilidade”. Diante da impossibilidade de produção de prova, sequer indiciária, o juiz não teve condições de chegar nem mesmo a uma convicção de verossimilhança. Frise-se que, nesse caso, além de ter sido impossível a inversão do ônus da prova na audiência preliminar, o juiz não encontrou uma convicção de verossimilhança.

Essas situações relacionadas à “*probatio diabolica*” bilateral<sup>18</sup> representam de fato um problema real e de certa forma insolúvel. As situações unilaterais de impossibilidade probatória, por outro lado, são remediáveis. Enquanto aquelas desafiam, em última instância, a própria realidade do processo, em relação a estas últimas é possível a proposição de soluções bastante eficientes, relacionadas à adaptabilidade procedimental propugnada por Cappelletti e Garth (1988, p. 28).

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, explanada na seção subsequente, encontra-se em consonância com essa diretriz e se demonstra uma solução bastante eficiente à incidência unilateral da prova difícil ou excessivamente difícil.

2.2.2. A adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova enquanto proposição da terceira “onda” do movimento renovatório do acesso à Justiça;

Como já explanado, o aprimoramento dos procedimentos judiciais em geral é um dos objetivos propostos no largo espectro contemplado pela terceira onda renovatória do acesso à Justiça. Para além da ineficiência do padrão procedimental vigente especificamente em relação aos direitos coletivos, é preciso ressaltar que há inadequações mais amplas, que atingem a realidade do processo judicial em si. A respeito disso, exemplificam Cappelletti e Garth (1988, p. 28):

Pelo menos desde o início deste século, tem havido esforços importantes no sentido de melhorar os tribunais e seus procedimentos. No continente europeu, por exemplo, podemos apontar os bem conhecidos movimentos de reforma que foram agrupados sob a designação de “oralidade” e ocuparam-se essencialmente com “a livre apreciação da prova”, a “concentração” do procedimento e o contato imediato entre juízes, partes e testemunhas, bem como a utilização dos juízos de instrução para averiguar a verdade e auxiliar a colocar as partes em pé de igualdade.

Reconhecido o fato de que a distribuição estática do ônus da prova agrava demasiadamente o problema da prova nas situações em que a impossibilidade é unilateral, apresenta-se como uma solução a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, cujo reconhecimento da aplicabilidade, nas situações em que a excepcionalidade a exige, constitui um ponto atinente à construção de um processo civil mais efetivo.

---

<sup>18</sup> Tópico 1.1.5.1.

Em que pese os princípios gerais aplicados pelos romanos no tocante à distribuição do ônus da prova (representados na fórmula “o ônus da prova se impõe a quem afirma”) permanecerem até hoje, e inclusive no Direito Brasileiro, vigendo como regra geral, a ideia da distribuição judicial do ônus da prova, surgida ainda no século XIX (BAZZANEZE 2012, pp. 64-65), tem, atualmente, ganhado espaço particularmente enquanto meio de se afastar a incidência de situações de dificuldade probatória.

Atribui-se ao jurista inglês Jeremy Bentham o mérito de primeiro falar em *distribuição judicial* do ônus da prova. Contudo, o referido autor não considerou particularmente a questão da prova impossível ou difícil como justificativa para defender tal posição. Na verdade, ao formular sua teoria a respeito do ônus probatório, Bentham partiu do pressuposto de que o processo deveria proteger particularmente o autor e não o réu, uma vez que “o primeiro não se atreveria a propor uma ação senão quando convencido de sua justiça” (BENTHAM *apud* SANTOS 1983, p. 99). Com base nessa premissa é que propunha o pensador inglês que o ônus de provar não se subordinasse ao “*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”<sup>19</sup>, o qual coloca o autor em posição desvantajosa, mas sim que fosse imposto pelo juiz, de modo particular em cada caso, à parte que melhor o pudesse satisfazer, com menos inconvenientes e despesas (BENTHAM *apud* SANTOS 1983, p. 99).

Evidentemente, não se sustenta a premissa de que o processo deva proteger o autor pelo fato de que o mesmo não ingressaria com a ação senão amparado por uma pretensão justa. Vê-se recorrentemente a proposição perante o Judiciário de ações aventurosas, veiculando pretensões evidentemente irrazoáveis, que, contudo, eventualmente vem a lograr êxito – e é com a eventualidade que contam os proponentes.

Independentemente disso, a teoria de Bentham quanto à distribuição do ônus da prova é absolutamente válida se pensada não como mecanismo de proteção ao autor da ação, mas sim como ferramenta em favor do acesso à Justiça. Nesse sentido, e considerando particularmente o problema da prova impossível como empecilho à efetiva prestação da tutela jurisdicional, é ao jurista argentino Jorge W.

---

<sup>19</sup> “O ônus da prova se impõe a quem afirma, não a quem nega.”

Peyrano que se atribui o crédito - se não pela idealização, ao menos pelo aprimoramento e pela difusão da teoria (LOPES, 2012, p. 236).

Para além do fundamento completamente diverso, a ideia de Peyrano ainda se desvia da de Bentham na medida em que, para aquele, a distribuição do ônus da prova deve ser aplicada não como regra geral mas especificamente às situações concretas nas quais a viabilização da efetiva cognição dos fatos discutidos (e consequentemente, do fornecimento, da tutela judicial adequada) *depende necessariamente da sua aplicação*. Nesse sentido, para Peyrano (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 313-314), a dinamização do ônus da prova é, por essência, uma regra excepcional, devendo funcionar como uma “válvula de escape” à distribuição fixa do ônus da prova.

A insuficiência dos critérios tradicionais de distribuição do ônus da prova para dar conta de determinadas situações foi constatada por Peyrano (*apud* PACÍFICO, p. 312) diante de um caso judicial envolvendo responsabilidade civil por erro médico, onde se demonstrava manifestamente desproporcional impor o dever de provar a existência de erro cirúrgico ao autor, o que equivaleria a negar qualquer possibilidade de sucesso da demanda.

As situações judiciais envolvendo erro médico, em regra, situam-se dentro do âmbito de aplicabilidade dessa teoria. Entretanto, não existem restrições à sua aplicação quanto à relação jurídica judicialmente discutida, uma vez que a prova impossível e a disparidade entre as partes quanto à possibilidade probatória ocorrem independentemente da área do Direito em discussão - os exemplos jurisprudenciais indicados no tópico subsequente dão conta de ilustrar a variedade, do ponto de vista do direito material, das situações em que ocorre prova impossível e/ou disparidade de possibilidade probatória.

Por evidente, as situações de prova impossível ou excessivamente difícil incidem também na aplicação do Direito Penal, tanto em desfavor da acusação quanto da defesa. E se, por um lado, a principiologia constitucional processual penal veda terminantemente o afastamento da aplicação do art. 156, *caput*<sup>20</sup>, do Código de

---

<sup>20</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas

Processo Penal nos casos em que a acusação está em posição probatória desfavorável (ou seja, contrariamente ao réu), por outro lado, a relativização nas situações na quais é o réu quem está impossibilitado de comprovar suas alegações faz-se não somente possível, mas devida, em obediência aos princípios da presunção da inocência e do devido processo legal.

Sobre tais situações na esfera processual penal, discorre Guilherme Nucci (2012, p. 393):

Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação [...] Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, embora nunca o faça de maneira absoluta. [...] Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção da inocência e, conseqüentemente, do *in dubio pro reo*.

Voltando ao Processo Civil, área na qual é possível falar propriamente na dinamização do ônus da prova, é necessário reconhecer-se, portanto, que, se o enfoque definido pela terceira “onda” renovatória do acesso à Justiça traz como uma de suas proposições o estabelecimento de regramento processual mais bem habilitado a dar respostas efetivas às questões trazidas à apreciação do Poder Judiciário, é conclusão inarredável a de que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, como regra suplementar, é albergada dentro do programa do movimento renovatório do acesso à Justiça – considerando ainda que a prestação de tutela jurisdicional efetiva pressupõe a possibilidade das partes de comprovarem adequadamente suas alegações.

Nesse sentido, o reconhecimento da importância da dinamização do ônus da prova em relação ao acesso à Justiça tem ensejado não só a sua ampla aceitação jurisprudencial da aplicação da teoria no Brasil, mas também a sua efetiva positivação nos códigos de processo civil ao redor do globo. A teoria já se encontra positivada no Código de Processo Civil Espanhol e também no Código-modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (PACÍFICO, p. 317). Além disso, no Brasil, a dinamização do ônus da prova consta como proposição do projeto de Código de

---

urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Processo Civil Coletivo (Projeto de Lei nº 5.139, tramitando na Câmara dos Deputados), além, é claro, do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

### 2.3. AS SOLUÇÕES JURISPRUDENCIAIS PARA O AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O paradigma neoconstitucionalista do Direito, para além impor mudanças sensíveis no papel da Constituição e da interpretação jurídica, repisa um postulado que lhe antecede, constituindo talvez o mais fundamental preceito dos que delineiam a ideia de Direito enquanto ciência e enquanto fenômeno político-social: a Constituição vem primeiro.

Embora na atuação prática do Direito, por variadas razões, muitas vezes seja presenciada a inversão de papéis entre lei e Constituição – ou mesmo se veem a lei e a Constituição afastadas pelo julgador em atitudes de pura arbitrariedade – a compreensão mais rasa que se pode ter da aplicação legítima do Direito é a ideia de que as disposições constitucionais prevalecem sempre em relação a quaisquer outras, de modo não excepcionável.

Isso é axiomático no Direito. Desde antes de se falar em neoconstitucionalismo, já afirmava Kelsen (1999, p. 155):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta.

Mas a realidade do ordenamento jurídico, como é consabido, não é isenta de imperfeições. A existência de antinomias e lacunas, sobretudo aquelas que confrontam lei e Constituição – as inconstitucionalidades – delineiam a importância do papel do jurista, enquanto exegeta profissional, a quem se atribui o dever de, por meio da interpretação, reestabelecer a congruência interna do sistema.

Tendo isso em vista, cabe ao aplicador do Direito interpretar no sentido de que a supremacia da Constituição seja efetivamente preservada. Ao correr os olhos



sobre o texto de lei, ou outro diploma infraconstitucional, deve enxergar tão somente o texto da Constituição reescrito. Ainda que para que se lhe produza esse efeito deva uma ou outra palavra do texto da lei, considerando as peculiaridades do caso concreto, ser lida no seu sentido menos usual – ou mesmo ser tida como não escrita –, ou que devam dispositivos ou mesmo leis em sua integralidade ter a aplicação afastada. Essa identidade entre o que é de fato lido (a lei) e o que é pensado como lido (a Constituição) há sempre de prevalecer.

Conforme define Marinoni (2011, p. 47):

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Tais considerações são pressuposto para que se compreendam as construções doutrinárias e jurisprudenciais que apontam pelo afastamento ou pela relativização, em determinadas situações, da aplicação do art. 333 do CPC.

Saliente-se, primeiro, que não existe uma inconstitucionalidade no art. 333 do Código de Processo Civil em si. A norma não é só compatível com a Constituição como também, como regra geral, é até mesmo intuitiva. Destaca Marinoni (2006, pp.01-02) que, na Alemanha, onde não há regra escrita disciplinando o ônus da prova, a regra geral não é outra, porquanto intuitivamente não se poderia conceber de outro modo<sup>21</sup>.

Não há racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento. Isso deve ser feito por aquele que pretende que o direito não seja declarado, isto é, pelo réu (MARINONI, 2006 p. 01).

Nesse sentido, o problema surge não na norma em si mas na ausência, no atual Código de Processo Civil, de uma norma excepcional a se aplicar a situações igualmente excepcionais nas quais, considerando as possibilidades das partes, a aplicação da norma geral acaba resultando na prolação de sentenças infringentes à Constituição.

Como já visto, nosso CPC acolheu a *teoria estática* do ônus da prova (teoria clássica), distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório, nos

---

<sup>21</sup> Ressalvando o aprimoramento técnico da regra do art. 333 proposto por Pacífico (2011), explanado na seção 3.2.1.

seguintes termos: ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. [...] Sucede que nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, veem-se diante de *prova diabólica*. [...] É por isso que a distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 95).

Em complementação, dispõe Bazzaneze (2012, pp. 63-64)<sup>22</sup>:

Nesse sentido, restariam violados, flagrantemente, a garantia do devido processo legal substantivo, o direito ao acesso à Justiça e, ainda, ao direito ao processo justo, significando uma aplicação inconstitucional das normas processuais. [...] É por essa razão que se afirma que a regra do ônus da prova deixa de ser um instrumento hábil para o aplicador do direito investigar a verdade, já que sua exclusiva utilização veio a liminar o poder jurisdicional de cumprir com suas funções, principalmente a de concretizar o devido processo legal e o acesso à Justiça.

Com base nesses fundamentos, estabelecidos pela Constituição da República, não são raras as situações em que a jurisprudência tem distribuído dinamicamente o ônus da prova, como imperativo necessário ao acesso à Justiça, não se restringindo a aplicação da teoria a áreas específicas do Direito.

Destaca-se o pioneirismo dos tribunais das regiões sul e do sudeste do país, bem como o do Superior Tribunal de Justiça, tendo-se consagrado a aplicação da teoria nessa corte superior no ano de 1996, com o julgamento do Recurso Especial nº 69.309/SC, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, sendo prolatada a seguinte ementa:

**RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CLINICA. CULPA. PROVA. 1. NÃO VIOLA REGRA SOBRE A PROVA O ACORDÃO QUE, ALEM DE ACEITAR IMPLICITAMENTE O PRINCIPIO DA CARGA DINAMICA DA PROVA, EXAMINA O CONJUNTO PROBATORIO E CONCLUI PELA COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS REUS. 2. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CLINICA, INICIALMENTE PROCURADA PELO PACIENTE. 3. JUNTADA DE TEXTOS CIENTIFICOS DETERMINADA DE OFICIO PELO JUIZ. REGULARIDADE. 4. RESPONSABILIZAÇÃO DA CLINICA E DO MEDICO QUE ATENDEU O PACIENTE SUBMETIDO A UMA OPERAÇÃO CIRURGICA DA QUAL RESULTOU A SECÇÃO DA MEDULA. 5. INEXISTENCIA DE OFENSA A LEI E DIVERGENCIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 69.309/SC. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 26 de agosto de 1996 (sublinhou-se).**

<sup>22</sup> Destaca ainda a autora que, ainda que o Código de Processo Civil atual não disponha de norma específica que autorize a distribuição dinâmica do ônus da prova, uma interpretação sistêmica desse diploma – considerando-se o teor dos seus arts. 14, 16, 18, 125, I e III, 130, 339, 340, 342, 345 e 355 – seria, por si só, suficiente para embasar juridicamente a aplicação da referida teoria (BAZZANEZE, 2012, p. 75).

Tratou-se, como se nota, de um caso envolvendo responsabilidade civil por erro médico. O autor, acometido de cervicobraquialgia (que se trata de um tipo de inflamação que ocorre na região cervical), procurou uma clínica especializada em neurologia localizada na cidade de Joinville para proporcionar-lhe o necessário tratamento. Diagnosticado como portador de hérnia de disco, e aos cuidados do corpo médico, foi submetido, no ano de 1984, a dois malfadados procedimentos cirúrgicos, que lhe ocasionaram paraplegia.

Foi a juízo, requerendo o direito à indenização por danos emergentes e lucros cessantes, correspondendo estes últimos a pensão alimentícia vitalícia, haja vista sua permanente invalidez. Julgou-se procedentemente a ação na primeira instância, tendo-se mantido a sentença no Tribunal de Justiça.

Ingressaram, então, os réus - a clínica e o médico responsável pela cirurgia – com recurso especial, sustentando, dentre outros fundamentos para a interposição, a violação da regra do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, sob o argumento de que não houve comprovação pelo autor da culpa do cirurgião.

Rejeitando-se os argumentos trazidos pelo recorrente, entendeu o relator que havia nos autos prova suficiente da culpa do profissional médico e da clínica, sem, contudo, deixar de consignar a predominância, em matéria de culpa médica, da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, “segundo a qual cabe ao profissional esclarecer o juízo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica”, o que se aplicaria na hipótese da inexistência de prova de culpa.

O Recurso Especial nº 69.309/SC foi, assim, a primeira manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre a dinamização do ônus da prova, e, do ano de 1996 para o presente, não foram raras as decisões da referida Corte nesse mesmo sentido, relativas a diferentes áreas do Direito.

Interessando expor os julgamentos mais marcantes relacionados à questão do ônus probatório, vale mencionar o Recurso Especial nº 972.902/RS, julgado no ano de 2009, em que se entendeu como legítima a inversão do ônus da prova em

matéria de Direito Ambiental sob a luz do princípio da precaução<sup>23</sup>, conjugado com as disposições do art. 8º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Fundamentou a relatora, Ministra Eliana Calmon:

No caso das ações civis ambientais, entendo que o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado – e não a eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu –, nos leva à conclusão de que alguns dos direitos do consumidor também devem ser estendidos [sic.] ao autor daquelas ações, afinal essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar!) o patrimônio público de uso coletivo, consubstanciado no meio ambiente. A essas normas agrega-se o Princípio da Precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo. Incentiva-se, assim, a antecipação de ação preventiva, ainda que não se tenha certeza sobre a sua necessidade e, por outro lado, proíbe-se as atuações potencialmente lesivas, mesmo que essa potencialidade não seja cientificamente indubitável. [...] Portanto, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio da Precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 972.902/RS. Relatora Ministra Eliana Calmon. 23 de novembro de 2009).

Não se trata, neste último caso, propriamente da aplicação da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, haja vista a argumentação não se sustentar na ideia de que o ônus se impõe a quem tem melhores condições no caso concreto. Por outro lado, vale menção ao julgado na medida em que se observou a impropriedade da aplicação do art. 333 do Código de Processo Civil ao caso em análise, considerando-se, sobretudo, a importância do bem jurídico protegido – o meio ambiente - e a principiologia constitucional que lhe é protetiva.

No julgamento do Recurso Especial nº 883.656/RS, de 2012, também versando sobre matéria ambiental, acresceu-se à fundamentação do julgado anterior argumentação com base na dinamização do ônus da prova, elaborando-se longa

<sup>23</sup> “O princípio da precaução (Vorsorgeprinzip) recebeu especial atenção na Alemanha, onde foi colocado como *ponto direcionador central do direito ambiental*, devendo ser visto como um princípio que antecede a prevenção, qual seja, sua preocupação não é evitar o dano ambiental, senão porque, antes disso, pretende evitar os riscos ambientais. [...] Em última análise, impede-se que a incerteza científica milite contra o meio ambiente, evitando que no futuro, com o dano ambiental ocorrido, perceba-se e lamente-se que a conduta não deveria ter sido permitida. O princípio da prevenção (precaução) ambiental tem importantíssima consequência, que é a de fazer com que o ônus da prova deva ser sempre do proponente do empreendimento, devendo demonstrar que não há risco ambiental, ou seja, não pode a atividade ser permitida sob a alegação de que nada conseguiu se provar contra ela” (RODRIGUES, 2002, pp. 150-151). Na mesma orientação seguem Canotilho e Leite (2012, p. 205): “Pode-se usar, na avaliação da gestão do risco, o mecanismo da inversão do ônus da prova em face da incerteza da prova do nexo de causalidade e visando a alargar as possibilidades da investigação do risco”.

ementa que não se furta a mencionar a temática do acesso à Justiça, como questão intimamente ligada à prova. Vale a reprodução parcial da ementa do referido julgado – especificamente a parte da fundamentação atinente à aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. **ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA.** CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. **POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA.** 1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo. **2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.** 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. 4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. [...] 10. Recurso Especial não provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 883.656/RS. Relator Ministro Herman Benjamin. 28 de fevereiro de 2012) (sublinhou-se).

A exemplificar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em matéria tributária, transcreve-se abaixo a ementa da decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 216.315/RS<sup>24</sup>:

<sup>24</sup> Em que pese na ementa da decisão do próprio Recurso Especial nº 216.315/RS encontrarem-se os fundamentos que se pretende expor, optou-se pela transcrição da ementa da decisão do agravo, cuja redação traz com maior clareza os pontos que se pretende expor.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A VERIFICAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE DA ELETROBRÁS. 1. **Pode o juiz ordenar que a Eletrobrás exiba documento que se ache em seu poder, a fim de permitir-se que sejam efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório. Essa providência é salutar e caminha rumo ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, já que nessas ações são questionados valores referentes a quase quinze anos** - normalmente valores relativos aos recolhimentos efetuados entre 1977 e 1993, correspondentes às 72ª, 82ª e 143ª Assembléias Gerais Extraordinárias da Eletrobrás, que homologaram respectivamente a 1ª, a 2ª e a 3ª conversões dos créditos em ações preferenciais – não sendo razoável exigir do contribuinte que guarde todas as suas contas mensais de energia elétrica a fim de calcular o devido. **De fato, compete à Eletrobrás manter o exato controle dos valores pagos e a serem devolvidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, até porque é a própria Eletrobrás que constitui os créditos escriturais em favor dos contribuintes, os atualiza, sobre eles paga juros e posteriormente os converte em ações.** 2. Não há qualquer ilegalidade na determinação judicial para que a Eletrobrás, ora recorrente, apresente os documentos mencionados. **Isso porque a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema,** e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC. 3. Agravo regimental não provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 216.315/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. 06 de novembro de 2012) (sublinhou-se).

Na seguinte decisão, em matéria de Direito Administrativo, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, faz-se referência à situação da prova do fato negativo, que, em grande parte das situações, vem a corresponder a uma prova “diabólica” – cabendo, por conta disso, a redistribuição do ônus probatório:

ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSELHO PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, POR DOCUMENTO HÁBIL, DE QUE O APELADO EFETIVAMENTE SE INSCREVERA NO CRECI/CE COMO CORRETOR DE IMÓVEIS. INEXISTÊNCIA DO DÉBITO CONFIRMADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1 - A situação em apreço, como bem destacou o magistrado de origem, impõe o ônus da prova ao CRECI/CE, uma vez que o objeto da prova, in casu, constitui um fato absolutamente negativo, insuscetível de prova pela parte autora/ apelada, até porque esta não poderia demonstrar que não se inscrevera no referido conselho profissional, sendo desarrazoado exigir da parte recorrida prova "negativa"; 2 - Ora, em consonância com a Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da Prova, caberia ao CRECI/CE comprovar que o apelado seria titular da inscrição nº 1.516-F, desde 06/01/1981, o que, em caso positivo, legitimaria a cobrança da dívida relativa a anuidades não adimplidas e multa administrativa; 3 - Ao contrário do que sustenta a parte apelante, os documentos acostados aos autos não comprovam que o autor/apelado, tenha efetuado sua inscrição no CRECI/CE, motivo pelo qual a sentença deve ser mantida na íntegra; 4 - Precedentes desta Corte e do TRF da 2ª

Região; 5 - Apelação improvida (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Apelação Cível nº 44.4487. Relator Desembargador Federal Paulo Gadelha. 28 de outubro de 2009).

Por fim, visando a prestigiar a jurisprudência catarinense, vale o destaque do seguinte julgado que, além de admitir a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, faz menção à controversa questão relacionada ao momento processual adequado para a redistribuição (note-se que a controvérsia não se restringe, portanto, à aplicação da regra do art. 6º, inc. VIII, da Lei 8.078/90):

**APELAÇÃO CÍVEL. "AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA". JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. **NECESSIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INCIDÊNCIA DO ART. 6º, INCISO VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA INCUMBÊNCIA PROBATÓRIA. PRESCINDIBILIDADE DE PEDIDO DA DEMANDANTE.** INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 125, INCISO, I, DO CPC, E 1º DO CDC. PROVIDÊNCIA NÃO TOMADA PELO TOGADO A QUO. **IMPOSSIBILIDADE DA MODIFICAÇÃO DA REGRA GERAL PREVISTA NO ART. 333, INCISO I, DO CÓDIGO BUZUID, NO PRESENTE MOMENTO PROCESSUAL. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPERATIVAS INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E DECRETAÇÃO DA NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. REMESSA DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA QUE SEJA OPORTUNIZADA ÀS PARTES A PRODUÇÃO DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO E, POSTERIORMENTE, PROLATADA NOVA SENTENÇA.** RECURSO PREJUDICADO. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2013.018729-2. Relator Desembargador José Carlos Carstens Köhler. 23 de abril de 2013).**

Entendendo acertadamente ser a distribuição do ônus da prova regra de instrução – assim como a inversão de que trata o Código de Defesa do Consumidor – em consonância com o posicionamento mais atual do Superior Tribunal de Justiça<sup>25</sup>, procedeu-se à anulação da decisão por cerceamento de defesa, determinando-se

<sup>25</sup> Nesse sentido, a decisão dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 422.778/SP: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. 1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada. 3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame. 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a

a reinstrução do feito na origem. Vale acrescentar que não é outra a orientação plasmada no Projeto do Novo Código de Processo Civil, que impõe expressamente o “despacho” saneador como momento para se analisar a questão do ônus da prova. Importa também notar que se menciona ainda na ementa a importante questão relativa à desnecessidade, para que se aplique a distribuição dinâmica do ônus da prova, de pedido da parte nesse sentido, em se tratando de questão de ordem pública.

Os julgados aqui expostos não são decisões isoladas, tendo sido selecionados dentro de uma variedade de decisões na mesma orientação. Demonstra-se, com isso, a admissibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova perante o ordenamento jurídico pátrio, ainda que o Código de Processo Civil não preveja expressamente tal possibilidade.

Nesse sentido, e retomando os argumentos expostos na introdução deste tópico, a jurisprudência acertadamente tem dado prioridade ao que é de fato prioritário em Direito, que é a Constituição da República.

Se o Código de Processo Civil não reflete suas orientações – que é o que se nota com relação ao art. 333 perante situações de prova “diabólica” unilateral – cabe o afastamento da aplicação da legislação, em favor do que dispõe a Constituição.

Não é correto, entretanto, concluir-se, a partir disso, que a positivação da referida teoria seja algo já desnecessário, uma vez que o ordenamento já admite a sua aplicação de maneira implícita, tal como reconhecido pela jurisprudência.

Primeiro porque, se a orientação dominante é pela aceitação da teoria, há, contudo, - e não são raras - decisões que inadmitem sua aplicação em qualquer hipótese. Se atualmente ainda é discutida a validade da participação ativa do juiz na atividade probatória – algo que o Código de Processo Civil de 1973 permite expressamente – evidentemente não se pode desconsiderar que a atividade de

---

ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade" (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 422.778/SP. Relator Ministro João Otávio de Noronha. 21 de junho de 2012).



gerenciamento do ônus da prova não é algo plenamente aceito, e a peremptoriedade do art. 333 é fundamento consistente para negar-se a aplicação da teoria sem grandes justificações.

Nesse sentido, se, para a admissão, necessário é recorrer-se a uma fundamentação jurídica constitucional ou a uma fundamentação na interpretação sistêmica dentro do próprio Código de Processo Civil, para negá-la serve como fundamento legal a regra do art. 333 – e, em que pese a duvidosa constitucionalidade de uma decisão desse tipo, há que se reconhecer que, por mais superficial que seja, a decisão possui fundamentação.

Por fim, como segundo argumento em relação à importância da positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, é preciso considerar que o ordenamento jurídico é (ou deve ser) um sistema. E um *sistema* não é a justaposição de diversos elementos que, ao destoarem ou confluírem entre si, fazem-no por pura casualidade – ao contrário disso, a ideia de sistema pressupõe um funcionamento integrado de elementos. E, sendo a Constituição da República a figura central, todo o ordenamento deveria repercutir com máxima clareza seus valores.

Se, em determinado caso concreto, é necessário que seja relativizada disposição do Código de Processo Civil para que seja respeitada a Constituição, sinal é de que a sistematicidade entre esses dois diplomas encontra falhas – vale acrescentar que o “Código Buzaid”, após as sucessivas reformas, perdeu, mesmo internamente, seu atributo de sistema.

Portanto, se é papel do intérprete a leitura do texto legal tendo em mente a Constituição, é papel do Legislador manter a legislação em conformidade com os ditames constitucionais. São papeis que se complementam e reforçam a sistematicidade do ordenamento. Do contrário, fica o intérprete obrigado a afastar a aplicação da lei em prol da Constituição - ou então a realizar “saltos triplos carpados hermenêuticos”, para usa a expressão do ex-Ministro da Suprema Corte Ayres

Britto<sup>26</sup>, a fim de extrair tortuosamente da letra da lei o que a Constituição diz de maneira clara e unívoca.

---

<sup>26</sup> Expressão utilizada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 630147, versando sobre a constitucionalidade e a aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010.

### 3. O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No presente capítulo, voltado especificamente ao estudo do Projeto do Novo Código de Processo Civil, serão abordados (1) as justificativas que sugeriram a elaboração de um novo código e a tramitação do projeto desde a sua concepção até o momento da conclusão desta monografia; (2) a principiologia norteadora do projeto, a sua estrutura e as suas principais inovações em relação ao Código de Processo Civil de 1973 e, por fim, (3) as modalidades de distribuição do ônus da prova previstas no projeto, e, especificamente com relação à distribuição judicial do ônus da prova, as modificações implementadas em comparação com a sua disciplina no anteprojeto, bem como os requisitos e o momento processual adequado previstos para que seja possível ao julgador a redistribuição do ônus probatório.

#### 3.1. OS MOTIVOS ENSEJADORES DE UM NOVO CÓDIGO E A TRAMITAÇÃO DO PROJETO

Enquanto as relações sociais transformam-se de maneira constante e espontânea, a legislação que as regula, por outro lado, anda sempre a passos mais lentos. A regulamentação social não é uma tarefa simples, e não se ignoram os inconvenientes que a modificação açodada e incauta da legislação pode trazer. E isso, justifica, em certa medida, o fato de que, seja maior ou menor, sempre haverá descompasso entre os verdadeiros anseios sociais e os concretizados no texto da lei, cabendo sobretudo ao intérprete a tarefa de uma aplicação atual (e, sobretudo, constitucionalizada) de diplomas que, de per si, não traduzem - ao menos com o vigor devido - os valores prestigiados e ansiados pelo meio social.

O Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 5869 de 1973, dentre as leis brasileiras em vigor, não consta, é preciso obtemperar, de fato nem sequer entre as mais antigas.

Ocorre que, de 1973 para cá, o modo com que se passou a enxergar o Direito Processual Civil passou por profundas mudanças. Houve, de fato, uma substituição de valores e de prioridades, representada, em particular, pelas ondas renovatórias

descritas por Cappelletti (tópico 2.1.3.). E, se por um lado o “Código Buzaid” possuía quando da sua promulgação elogiável rigor técnico, por outro, do ponto de vista funcional (isto é, referente à efetividade prática do Processo), acabou desatualizado precocemente.

Foi em virtude da falta de meios, no Código de Processo Civil original, para solucionar, de maneira satisfatória, uma variedade de situações da realidade postas à apreciação judicial que se iniciou, na década de 1990, a série de reformas no referido diploma buscando torná-lo mais eficiente. A primeira delas, realizada através da Lei nº 8.952 de 1994, foi a instituição da tutela antecipada. Seguiram-se as reformas de 2002, 2005 e 2007, que instituíram o cumprimento de sentença, modificaram a execução, e efetivaram uma série de mudanças que resultaram no atual Código De Processo Civil, completamente diverso do originalmente concebido – em especial na sua característica mais singular, que era o apuro técnico.

Se tais reformas serviram para adequar a lei processual civil na medida do possível às reais demandas que se apresentavam ao Judiciário, tiveram o colateral efeito de retirar dela o atributo principal que caracteriza um código enquanto instrumento jurídico: a sistematicidade, a coesão enquanto sistema de normas.

Curiosamente, o alerta para problema da reforma parcial e assistemática de uma codificação já havia sido feito pelo próprio Alfredo Buzaid, na exposição de motivos do Código de Processo Civil, ao justificar a opção pela elaboração de um novo diploma substituindo o então vigente Código de Processo Civil de 1939: “o grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções”. Entretanto, foi precisamente o que ocorreu com a Lei nº 5869 de 1973.

Com relação a essa questão, argumenta Câmara (2013, p. 23):

Minha maior crítica às reformas por que o CPC passou nos últimos anos, porém, diz respeito ao fato de que o Código perdeu a harmonia que um diploma legal dessa espécie deve ter. Alguns exemplos podem demonstrar o que pretendo dizer. Não há qualquer sentido, *e.g.*, em se ter regras sobre execução em um livro chamado “do processo de conhecimento”. Muito mais harmônica seria a lei se a execução da sentença tivesse permanecido no Livro II, o qual teria, por certo, de mudar de nome, e não mais se chamar “do processo da execução” mas, simplesmente, “da execução”. [...] Ademais, é impossível negar a existência de dispositivos conflitantes, o que dificulta sobremaneira sua interpretação e aplicação.

Ao lado disso, surge o fato de que elaboração do atual Código de Processo Civil não foi orientada pelos valores da Constituição de 1988.

Nesse sentido, em que pese o Código não ser propriamente infringente à Constituição, também não é a ela referível, como deveria ser. Ou seja, não existe o que se denomina, na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, “sintonia fina” entre a Constituição e a lei processual civil. Na textualidade do Código Buzaid não se concretizam, ao menos da maneira que deveriam se concretizar, os valores propugnados pela Constituição.

Nesse sentido, tanto a falta de uma relação sistemática entre a Constituição e a concepção contemporânea do Processo Civil em relação ao Código, como também a sua falta de sistematicidade interna (surgida no escopo de resolver-se o problema anterior) apontam para a necessidade de um novo diploma.

Foi considerando tais questões que a Presidência do Senado Federal, no ano de 2009, instituiu a comissão de juristas incumbida de elaborar o Anteprojeto do Novo Código Processual Civil. Compuseram-na os juristas Luiz Fux (como presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (como relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Na exposição de motivos do anteprojeto, consignaram-se os cinco objetivos que pautaram os trabalhos da comissão:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e 5) finalmente, sendo talvez o último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Destacou-se, ainda, a metodologia empregada pela comissão de abrir espaço, em especial por meio da realização de audiências públicas, para a participação da sociedade civil e da comunidade científica, no intento de se construir um projeto verdadeiramente democrático.

Apresentado ao Senado Federal seis meses depois da convocação da comissão, o anteprojeto iniciou sua tramitação no Congresso como Projeto de Lei nº 166/2010 (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 63), sob a relatoria do Senador Valter Pereira. Foram propostas diversas emendas, sendo as aprovadas sintetizadas pelo relator em um projeto substitutivo, o qual foi aprovado pelo Senado em 15 de dezembro daquele ano, isto é, apenas seis meses após o início da tramitação.

Dentre as alterações promovidas a partir do substitutivo, consta a reorganização da estrutura original, tendo-se substituído o projeto dividido em cinco livros (sendo o primeiro deles a denominada *parte geral*), pela versão do Senado, com o conteúdo reorganizado em oito livros seguidos de um livro complementar, sendo a parte geral correspondente aos cinco primeiros deles.

Assim, aprovado no Senado, o projeto iniciou sua tramitação na Câmara dos Deputados em 22.12.2010, tomando nessa casa a denominação de Projeto de Lei nº 8.046/2010.

Durante a sua tramitação na Câmara, apresentaram-se nada menos do que 900 emendas, que foram agrupadas de acordo com a matéria e avaliadas por cinco relatores, integrantes da Comissão Especial designada pela referida casa legislativa para a elaboração de parecer sobre o projeto, sob a presidência do Deputado Fábio Trad. Como resultado, a Comissão Especial apresentou, em 17.7.2013, substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.046, consolidando à versão do projeto apresentada pelo Senado Federal o conteúdo das emendas aprovadas.

Houve ainda, em 8.10.2013, novas modificações no substitutivo empreendidas pelo Deputado Paulo Teixeira, o relator-geral do projeto, realizando-se alterações nos dispositivos concernentes à prisão civil por dívida alimentícia. Trata-se, portanto, da versão mais atualizada até a conclusão do presente trabalho, designada pelo relator de Emenda Aglutinativa Substitutiva Global ao Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Em 5.11.2013, iniciou-se a votação do projeto na Câmara dos Deputados, já com a aprovação dos primeiros 318 artigos, correspondentes à sua Parte Geral, e, na data de 26.11.2013, o restante do projeto foi aprovado quase em sua integralidade (isto é, excluindo-se alguns pontos polêmicos que deverão ser

discutidos em plenário) – ressaltando que, após a aprovação integral do texto, deve ainda o projeto retornar ao Senado Federal para a apreciação das emendas promovidas.

No tocante especificamente aos dispositivos relativos ao ônus da prova, desde a apresentação do anteprojeto ao Senado Federal à versão aprovada pela Câmara dos Deputados, vale ressaltar que a ideia de se positivar a distribuição dinâmica do ônus da prova permanece desde o início presente, ainda que os dispositivos que a regulamentam tenha sofrido algumas alterações.

Nesse sentido, ressaltando hipóteses extremamente improváveis, como a eventual possibilidade de veto presidencial, parece certo que a dinamização do ônus da prova, mesmo que não nos exatos termos da atual versão do projeto, será um poder conferido ao juiz com a efetiva aprovação do Novo Código de Processo Civil.

### 3.2. PRINCIPIOLOGIA, ESTRUTURA E PRINCIPAIS INOVAÇÕES

Conforme já exposto, atualmente o projeto, em seu aspecto estrutural, conta com oito livros (além do Livro Complementar, onde constam as disposições transitórias). Os cinco primeiros, “Das Normas Processuais Cíveis”, “Da Função Jurisdicional”, “Dos Sujeitos do Processo”, “Dos Atos Processuais” e “Da Tutela Antecipada”, conformam a referida *Parte Geral*, uma inovação do projeto. Já a parte especial é composta pelos livros “Do processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”, “Do Processo de Execução” e “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”.

As inovações são numerosas, ainda que o objetivo não tenha sido propriamente uma ruptura radical com a legislação vigente. Preservou-se grande parte dos elementos contidos Código de Processo Civil, fazendo-se os devidos aprimoramentos (SILVA, 2013, p. 139).

Vale destacar, inicialmente, a instituição de um primeiro capítulo composto de um rol de princípios a orientar a aplicação de todas as demais disposições do projeto de código, apresentando-se, dentre os quais, os princípios constitucionais previstos no art. 1º, inc. I; no art. 5º, incs. XXXV, LV, LXXVIII; no art. 37, *caput* e no art. 93, IX,

da Constituição da República. O referido rol, de maneira bastante clara, especifica o conteúdo de direito processual da Constituição, traduzindo os componentes do metaprincípio processual do acesso à Justiça.

De acordo com os declarados objetivos de simplificar, otimizar e constitucionalizar o Processo Civil, o projeto substituiu os ritos ordinário e sumário por um procedimento comum, o qual pode, a teor do art. 191, *caput* e §1º, do projeto, de comum acordo entre o juiz e as partes, ser ajustado às especificidades da causa – proposta que visivelmente se conjuga com a possibilidade de redistribuição do ônus da prova do art. 380, §1º.

Excluíram-se incidentes e autuações em apenso, como os de arguição de incompetência relativa e de impugnação ao valor da causa, como também se excluiu a denominada ação declaratória incidental. Incluiu-se, no Capítulo IV do Título III do Livro II do projeto, procedimento próprio destinado à desconsideração da personalidade jurídica. No Capítulo V do mesmo título, regulamentou-se a participação do *amicus curiae* no processo, “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada” (art. 138) que, em virtude de domínio técnico especializado, esteja apta a contribuir ao esclarecimento da causa judicialmente discutida.

Retirou-se do sistema a ideia de um “processo cautelar”, dispensando-se tratamento adequado à função cautelar do processo de maneira conjugada com a antecipação de tutela.

Instituiu-se, e esta consta dentre as mais inovadoras proposições do projeto, o *incidente de resolução de demandas repetitivas* (Capítulo V do Título I do Livro III do projeto), com a finalidade do proferimento de decisões únicas para uma pluralidade de casos idênticos (economizando-se, com isso, tempo e recursos, e evitando-se incongruências judiciais).

No campo recursal, houve cortes e restrições. Extinguiram-se o agravo retido (não incidindo mais a preclusão nas questões a serem examinadas até a sentença) e os embargos infringentes; uniformizaram-se os prazos recursais em quinze dias (art. 1.007, §1º) (excetuando-se os embargos de declaração); instituiu-se o recebimento do recurso sem efeito suspensivo como regra geral (art. 1.008) – disposição que originariamente se aplicava também ao recurso de apelação que,



contudo, acabou por ter como regra geral o efeito suspensivo (art. 1.025); estabeleceu-se ainda um rol de hipóteses de cabimento para o agravo de instrumento (art. 1.028, *caput* e incs.), dentre outras inovações.

Por fim, pode-se dizer que, de modo geral, de fato houve um acréscimo de poderes ao juiz, num incontroverso passo no sentido do denominado *neopublicismo* (para o desagrado de parcela da doutrina). Houve ainda um aumento do papel dos tribunais, ao dar-se maior importância ao precedente judicial, no Capítulo XV (“Do Precedente Judicial”), do Título I do Livro I, estabelecendo-se expressamente como dever dos juízes e tribunais a observância da jurisprudência dos tribunais que lhe são superiores.

Nesse sentido, e considerando as críticas sofridas por esse incremento das possibilidades jurídicas do juiz, há que se destacarem dois pontos:

O primeiro deles é o fato de que não houve o acréscimo de poderes do juiz em detrimento das partes. O projeto evidentemente não extirpou poderes que anteriormente se lhes conferiam para atribuí-los ao juiz – muito pelo contrário, houve, também, o incremento das possibilidades jurídicas das partes. Na verdade, esse crescimento das atribuições do juiz deu-se principalmente sobre situações em relação às quais a lei vigente é inflexível. Ou seja, criaram-se novos espaços de atuação no processo, no escopo de aproximá-lo o máximo possível da realidade.

Trata-se, pois, da flexibilização do processo judicial, diretriz que, conforme já analisado no tópico 2.1.3., integra a terceira “onda” renovatória do acesso à Justiça. A possibilidade da dinamização do ônus da prova é claro exemplo disso. Por esses motivos, não parece correto dizer-se que tais novos poderes do juiz indiciam um retorno a um inquisitivo de processo, ou mesmo a reafirmação do denominado *modelo assimétrico de processo*, em contrariedade ao princípio da cooperação.

O segundo ponto constitui-se justamente nesse novo e mais restritivo papel do precedente judicial, ao qual o juiz deve obedecer, sendo, portanto, um aspecto limitador conveniente, sobretudo, à isonomia das decisões. É possível se dizer que essas modificações propostas reforçaram os poderes instrutórios do juiz, permitindo-se assim, decisões mais atentas ao caso concreto, mas restringiram-lhe, em prol da

isonomia e da segurança jurídica, a liberdade na aplicação do Direito, ao impor-lhe o dever de seguir a orientação jurisprudencialmente definida.

Resumidamente, são essas algumas das principais alterações constantes do projeto em relação ao vigente Código de Processo Civil. E, sem desconsiderar que os problemas concernentes à defasagem da legislação consistem, quando muito, somente na “ponta do *iceberg*” dos problemas de funcionalidade da Justiça brasileira, ao que tudo indica, as mudanças tem aptidão de gerar efeitos positivos.

### 3.3. O REGRAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Apresentado sinteticamente o Projeto do Novo Código de Processo Civil, e suas principais inovações em relação ao Código de Processo Civil vigente, o estudo que encerra a presente monografia restringe-se especificamente à questão do ônus da prova. Contudo, como introdução, vale a análise comparativa do tratamento da prova no projeto, em comparação ao atual Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 1973 traz no Capítulo VI (“Das Provas”) do Título VIII (“Do Procedimento Ordinário”) do seu Livro I (“Do Processo de Conhecimento”) a maioria dos dispositivos disciplinadores da prova – havendo, contudo, dispositivos relativos à matéria probatória fora desse conjunto (que vai do art. 332 ao art. 443), sendo o melhor exemplo os arts. 130 e 131, que cuidam dos poderes instrutórios do juiz e do princípio do livre convencimento motivado, respectivamente, situados no capítulo que dá conta dos poderes e deveres do magistrado na atividade judicial.

A primeira parte do Capítulo VI do atual Código de Processo Civil relaciona disposições gerais relacionadas à prova, seguindo-se as regras específicas de produção das diversas espécies de prova, divididas entre as seções “Do depoimento Pessoal”, “Da Confissão”, “Da Exibição de Documento ou Coisa”, “Da prova Documental”, “Da Prova Testemunhal”, “Da Prova Pericial” e “Da Inspeção Judicial”.

No projeto, concentra-se a disciplina da prova no Capítulo XIII (“Das Provas”), do Título I (“Do Procedimento Comum”) do Livro I (“Do Processo de Conhecimento e

do Cumprimento de Sentença”), que corresponde aos seus arts. 376 a 494. A previsão, outrora deslocada, do princípio do livre convencimento motivado e dos poderes instrutórios do juiz passa a integrar esse capítulo, assim como o regramento específico da produção antecipada de provas – uma vez extinto, no projeto, o processo cautelar. A possibilidade do emprego de prova emprestada, que no atual Código de Processo Civil se deduz do art. 332, passa a constar expressamente do art. 379 do projeto.

Nas regras particulares relacionadas às espécies de prova, há diversas modificações. Mencione-se, por exemplo, o acréscimo de seção específica à regulamentação da prova por meio de documentos eletrônicos. Além disso, seguindo a orientação geral do projeto de simplificar procedimentos, há diversas alterações nesse sentido no tocante a produção probatória, podendo-se citar, por exemplo, na prova testemunhal, a eliminação da necessidade de repregunta, podendo as partes dirigir-se diretamente à testemunha (art. 466), e a previsão expressa do depoimento pessoal e do testemunho via videoconferência, nos casos em que a parte ou a testemunha residem em comarca diversa.

No tocante à distribuição do ônus da prova, regulamentada no art. 380, *caput* e parágrafos, do projeto, houve a manutenção da distribuição estática (ou distribuição legal) do ônus da prova, como regra geral (*caput* e incs. I e II), e também da possibilidade da distribuição convencional entre as partes (§§ 3º e 4º), inserindo-se a possibilidade da distribuição dinâmica (ou distribuição judicial) do ônus da prova (§§ 1º e 2º). Nas seções subsequentes, passa-se, pois, à análise de cada uma das três modalidades previstas no projeto de modo individualizado.

### 3.3.1. Distribuição legal do ônus da prova (art. 380, *caput* e incs. I e II)

Art. 380. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A presente regra é de fato idêntica à do art. 333 do Código de Processo Civil vigente, não havendo, portanto, qualquer inovação especificamente nesse ponto.

Vale frisar, pois, que o projeto conserva a distribuição legal do ônus da prova no *caput* do dispositivo, isto é, como regra geral.

A regra, repetida do atual Código de Processo Civil, já constava também, vale mencionar, do já revogado Código de Processo Civil de 1939, ainda que com redação diversa<sup>27</sup>.

No anteprojeto, propunha-se pequena alteração no dispositivo, fazendo-se, no *caput*, menção expressa aos poderes instrutórios do juiz:

Art. 261. O ônus da prova, **ressalvados os poderes do juiz**, incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A discreta alteração, contudo, acabou sendo reprovada na Câmara dos Deputados. De fato, a referida ressalva fazia-se indevida: não há o que se excepcionar, na medida em que a distribuição do ônus da prova e os poderes instrutórios do juiz são duas questões independentes uma da outra.

O ônus de provar é algo que se impõe às partes de modo absolutamente independente do compromisso, que se impõe ao juiz (ou, na leitura do art. 385 do projeto<sup>28</sup>, *também* ao juiz), de buscar a verdade. Por conta disso, a ressalva é inócua, já que ao se falar na distribuição do ônus probatório não se está de nenhuma maneira limitando os poderes instrutórios do juiz.

Por fim, com relação à regra da distribuição fixa do ônus probatório, é importante ressaltarem-se ainda duas questões: a primeira delas é o fato de que, ainda que não possua conteúdo conflitante com a regra estabelecida no art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e no art. 156 do Código de Processo Penal, sendo inclusive aplicáveis conjuntamente (conforme entende a jurisprudência trabalhista), a regra constante do atual Código de Processo Civil, reproduzida no projeto, tem conteúdo sensivelmente diverso.

---

<sup>27</sup> Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova. § 2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.

<sup>28</sup> Art. 385. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Em verdade, é possível se dizer que a regra do art. 333 do Código de Processo Civil (e art. 380 do projeto) é mais criteriosa, já que permite identificar a contraprova como algo alheio ao ônus probatório da parte. Em outros termos, a regra impõe à parte autora o ônus de provar o fato constitutivo, e este é o ônus que lhe é atribuído. Por outro lado, nada impede que o autor apresente contraprova (definição no tópico 1.1.3.), demonstrando, também, por exemplo, a inexistência em determinado caso de um fato extintivo.

A relevância dessa diferenciação se dá principalmente quando o ônus da prova é considerado no seu sentido objetivo (tópico 1.1.3.). Quando não há sucesso probatório para nenhuma das partes, as regras dos diplomas penal e trabalhista não trazem consigo qualquer solução a ser tomada pelo juiz<sup>29</sup>. A distribuição do ônus da prova do art. 333, por outro lado, vista em seu aspecto objetivo, permite uma solução (ao menos formal) para o impasse, e, no exemplo pensado, o autor sofre os efeitos da ausência de provas<sup>30</sup>.

Por último, o segundo ponto a se considerar em relação à distribuição legal do ônus da prova é a bem fundamentada opinião sustentada por Pacífico (2011, p. 304-310) de que, ao reproduzir a regra do art. 333 no Projeto do Novo Código de Processo Civil, o Legislador talvez esteja perdendo a oportunidade de positivar outra regra, de maior apuro técnico, já adotada em diplomas processuais de outros países.

O problema da regra contida no art. 333 do CPC, segundo o mencionado autor, estaria no fato de que os conceitos de fato constitutivo, extintivo, impeditivo e

---

<sup>29</sup>Evidentemente, por mais que na referida regra não haja uma resposta, nem o direito penal tampouco o trabalhista sofrem com lacunas normativas nesse quesito, vale considerar.

<sup>30</sup>A respeito da sistemática do art. 333 do CPC, destaca ARENHART: “desnecessário dizer que – ao contrário do que se pode pensar – o direito brasileiro não impõe o ônus da prova àquele que alega o fato. Independentemente de quem afirma o fato no processo, como visto acima, o ônus probatório a seu respeito é distribuído segundo regras objetivas e fixas, de modo que se atribui ao autor esse ônus em relação aos fatos constitutivos de seu direito e ao réu o ônus referente à prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor (CPC, art. 333). Deste modo, ainda que tenha o réu afirmado, em sua contestação, um fato constitutivo do direito do autor (como existente ou não), ou mesmo que tenha o autor apontado, em sua petição inicial, fato extintivo de seu direito (também como existente ou não), tais circunstâncias não têm o efeito de alterar o ônus probandi, incidindo, ainda assim, a regra objetiva nesse caso. (p 02-03)

modificativo por si sós não dizem nada. “Com efeito, a *qualificação de um fato* (constitutivo, extintivo, etc.) é algo que não ocorre de forma fixa, mas *depende da sua relação com as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto e à pretensão deduzida em juízo*” (PACÍFICO, 2011, p. 304).

A referência, no texto da referida norma, a fatos constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos é, portanto, uma referência vazia de sentido, já que, no final, tudo se resume ao interesse da parte em comprovar o *pressuposto fático* da norma jurídica material a partir da qual se obtém os efeitos desejados (constitutivos, extintivos, etc.).

Frise-se que impor que a parte comprove o pressuposto fático da norma jurídica por ela invocada para fundamentar a sua pretensão ou sua defesa *não* é a mesma coisa que impor que comprove suas alegações (que é o que define a regra do CPP e da CLT) - do contrário, a mudança propugnada seria um evidente retrocesso, pelos motivos acima expostos. Exemplificando, ao se atribuir a cada uma das partes o ônus de provar o pressuposto fático da norma jurídica invocada, o réu ao alegar que o pressuposto fático da pretensão do direito do autor *não se concretizou*, não teria qualquer ônus de provar (nesse caso, quem suporta o ônus da prova, no sentido objetivo, é o autor). Não só pode (como deve) buscar produzir contraprovas, demonstrando que o pressuposto fático suscitado não ocorreu, mas, na indefinição, é ao autor, no exemplo dado, que se impõe o prejuízo proveniente do não cumprimento com o ônus que lhe foi imposto.

É, portanto, em face dessa inocuidade da categorização em abstrato dos fatos em constitutivos, extintivos, etc., que Pacífico (2011, p. 308-309) sustenta que as regras de distribuição legal do ônus da prova adotadas pelos códigos processuais civis argentino<sup>31</sup> e espanhol<sup>32</sup> são de fato mais técnicas do que a do art. 333 do

---

<sup>31</sup> Artículo 377: CARGA DE LA PRUEBA. ARTICULO 377.- Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>32</sup> Artículo 217 Carga de la prueba: 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las

Código de Processo Civil, reproduzido no projeto. As observações são percutientes, e, conquanto na aplicação prática da distribuição legal do ônus da prova não se note repercussão relevante, no sentido de se construir um diploma processual de maior apuro técnico (e ainda que este não seja o principal valor a ser buscado pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil) caberia, de fato, a opção pela regra defendida pelo referido autor.

### 3.3.2. Distribuição judicial do ônus da prova (art. 380, §§1º e 2º)

Trata-se da positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Como já referido anteriormente, desde o anteprojeto, a previsão expressa de uma hipótese excepcional de distribuição judicial do ônus da prova já estava presente. No entanto, dentre a variedade de modificações sofridas havidas durante a sua tramitação no Congresso, até se chegar à atual versão, houve algumas alterações do projeto nos dispositivos relativos à referida modalidade de distribuição do ônus probatório.

Considerando ser de fato a grande inovação inserida no projeto relativa à questão do ônus da prova, optou-se por uma análise comparativa dos dispositivos concernentes à distribuição judicial, apresentando-se primeiro a versão do anteprojeto, no tópico subsequente, e, posteriormente, a versão atual, nos tópicos seguintes.

#### 3.3.2.1. A distribuição judicial do ônus da prova no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

No anteprojeto, a hipótese da distribuição dinâmica estava prevista no art. 262, *caput* e parágrafos, que possuía a seguinte redação:

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o

---

pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Analisando essa primeira redação, e especificamente o *caput* do artigo, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 103-104) identificaram condições para que se possibilite a distribuição dinâmica do ônus da prova, dividindo-as nas de ordem *material* e *processual*. Conforme os autores, as primeiras referem-se à necessidade de “demonstração de que o caso concreto não pode ser solucionado, sem grave ofensa à paridade de armas, à luz da regra que distribui de maneira fixa o ônus da prova, e que a parte contrária àquela que teria o encargo de provar pode desempenhar o encargo probatório com maior facilidade”. Nesse sentido, as condições materiais referem-se, na verdade, a características da situação concreta judicialmente discutida.

Já as condicionantes denominadas de ordem processual referem-se à necessidade de fundamentação específica na decisão que determinar a redistribuição do ônus da prova, bem como ao oferecimento de oportunidade à parte desfavorecida para se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Não há quaisquer dúvidas de que os dois grupos definidos pelos autores representam, de fato, condicionantes de naturezas distintas. As primeiras vinculam-se diretamente à situação concreta trazida à apreciação judicial – porquanto é das características da situação concreta que sobrevém a impossibilidade ou extrema dificuldade da produção de prova. Já as segundas vinculam-se à ideia de processo tal qual delineada pela Constituição da República (que pressupõe, portanto, a motivação das decisões e o respeito ao contraditório).

Entende-se, contudo, que a designação empregada pelos referidos autores, ao se utilizarem do adjetivo *material* para o primeiro grupo de condições, não foi a escolha mais acertada, ao menos ao nosso sentir.



Particularmente porque, ao contraporem-se as ideias de direito processual e direito material, tal como a classificação sugere, dá-se a entender que as primeiras condições encontram fundamento de existência em normas jurídicas de direito material; e as segundas, em normas de direito processual, o que não é uma conclusão acertada.

Primeiro porque vale rememorar que, como se cuidou de expor no Capítulo 1 (tópico 1.1.2.) do presente trabalho, parcela significativa da doutrina nem sequer admite a existência da normatização da prova jurídica no direito material. A disciplina da prova, para esses autores, insere-se integralmente em matéria de direito processual - se observada a questão pela perspectiva dessa corrente, a classificação é, portanto, evidentemente imprópria.

Mas, mais importante do que isso, tal denominação (material) às referidas condicionantes, para além de sugerir, particularmente em contraposição às condicionantes processuais, uma dicotomia que por certo não existe, deixa de fazer referência à característica que, ao nosso sentir, melhor identifica tais condicionantes (ditas *materiais*), que é a *faticidade*: são elas condicionantes que se relacionam, em especial, com os fatos discutidos, sendo a característica que deve ser tomada para identificá-las.

Não deixa de ser considerado aqui que a adjetivação *material* tenha sido empregada pelos referidos autores com o sentido diverso de *aquilo que se refere ao direito material*. Tal classificação é novamente empregada por Mitidiero (2012, 75-76) ao referir-se às condições necessárias para aplicação da dinamização do ônus da prova em face do ordenamento atual, no qual o autor justifica o emprego do adjetivo *material* na não incidência (ou no afastamento da aplicação) da regra do art. 333 no caso concreto avaliado.

Deveras, à vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar (tal como está no art. 333 do CPC). [...] **Na perspectiva material, o que primeiro deve se apontar no processo para que se dê a dinamização do ônus da prova é a não incidência, por inadequação, do art. 333 do CPC** (sublinhou-se).

Contudo, ainda que não tenha sido o intento a remissão à contraposição entre direito material e processual, tal classificação intuitivamente leva a essa ideia - e sugere erroneamente, portanto, que o primeiro grupo de condicionantes tenha alguma relação especificamente com o direito material.

Por esses motivos a classificação propugnada neste trabalho, exposta na seção subsequente, substitui a designação *requisitos ou condicionantes materiais* por *requisitos fáticos de admissibilidade* (da aplicação da distribuição judicial do ônus da prova), expressão que se entende mais apropriada.

Retornando, portanto, à previsão da distribuição judicial do ônus da prova no anteprojeto, comenta Lopes (2012, p. 238) que, embora a inserção de uma hipótese de distribuição judicial do ônus probatório no projeto mereça os devidos elogios, a redação do dispositivo no anteprojeto é prejudicialmente vaga, conferindo-se ao juiz poderes demasiadamente amplos, a gerar risco de insegurança para as partes.

De fato, a redação do *caput* da versão atual do projeto, como se verá adiante, é mais completa e criteriosa, um verdadeiro aprimoramento. Mas o problema da concessão de poderes demasiadamente amplos ao juiz remanesce, tendo-se em vista a previsão, como hipótese fática de admissibilidade autônoma, da *maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário* – tal questão é explorada com maior propriedade no tópico subsequente.

Por fim, com relação ao §2º do referido dispositivo, que foi excluído do projeto durante a sua tramitação, dispunha-se expressamente que as custas processuais não acompanhariam o ônus da prova no caso da redistribuição. Tal ressalva se fundamentava no argumento de que a hipossuficiência probatória e a hipossuficiência econômica não tem, *a priori*, relação entre si. Nesse sentido, em que pese o autor, por exemplo, encontrar-se diante de situação que lhe impossibilitasse de comprovar o fato constitutivo de seu direito, caberia a ele, mesmo com a inversão, arcar com o ônus financeiro que a lei originariamente lhe atribuía.

Tal regra foi retirada do projeto através de emenda proposta na Câmara dos Deputados. Conforme consignado no relatório-parcial do Deputado Jerônimo Goergen (2012, pp. 05-06):

A questão da assunção dos encargos processuais com a produção da prova está regulada pelo parágrafo 2.º do dispositivo, a estabelecer que a inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Contudo, deve ser considerado que tal regra pode trazer empecilhos à parte desincumbida do ônus de produzir a prova, que, mesmo sem ter a responsabilidade de produzi-la, pode ser obrigada a custear os encargos para tanto.

A solução legislativa há de ser, pois, completa. Se o juiz atribui a qualquer das partes o ônus de produção de determinada prova, por estar ela em melhores condições de produzi-la, inclusive quanto ao aspecto econômico do custeio de sua realização, também a essa parte há de ser imputada a responsabilidade de arcar com tais encargos.

Assim se prevendo, estar-se-á a evitar a ineficácia da regra adotada pelo projeto, pois se tamanho for o encargo processual com a produção da prova, sendo assim insustentável pela parte desonerada, a realização da prova poderá ser inviabilizada.

A parte em condições mais propícias de levar a efeito a produção da prova deve também antecipar os encargos financeiros exigidos. Eventual ressarcimento se dará, de fato, por força do princípio da sucumbência, ao final do processo.

De fato, ante os fundamentos invocados, a opção da Câmara por retirar projeto tal dispositivo parece ter sido de fato acertada. Por outro lado, mais adequada do que a simples retirada da referida regra do texto do projeto seria a positivação de regra em sentido contrário, fazendo constar que “a alteração do ônus da prova implica a alteração do respectivo encargo”, ou, melhor ainda, que “nos casos de redistribuição, o juiz definirá a qual das partes competirá o encargo da prova”.

Não há dúvidas que a indefinição resultante da simples retirada da referida norma dará espaço a controvérsias judiciais, havendo argumentos para a defesa de ambas as posições. Considerando, sobretudo, a questão da segurança jurídica, é certo que tal lacuna poderia ter sido evitada – sem deixar de assinalar que a resposta a ser dada pela jurisprudência pode ser no sentido da manutenção do encargo à parte originalmente incumbida (o que a alteração realizada pela Câmara dos Deputados justamente buscou afastar).

### 3.3.2.2. Requisitos e pressupostos para a distribuição judicial do ônus da prova na versão atual do projeto

Na atual versão do Projeto do Novo Código de Processo Civil, a regulamentação da distribuição judicial do ônus da prova consta dos parágrafos 1º e 2º do art. 380, que dispõem o seguinte:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

O fato de a previsão da possibilidade da dinamização do ônus da prova vir positivada nos parágrafos do art. 380 reforça a ideia de tratar-se de uma hipótese excepcional, cabível tão somente diante das situações que autorizam sua aplicação. Nos demais casos, aplica-se o *caput*.

Tais situações vêm especificadas no §1º do referido dispositivo. São elas: (1) a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de se cumprir com o ônus probatório ou (2) a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Dizem respeito, portanto, a situações relacionadas, sobretudo, à situação concreta judicialmente discutida. Nesse sentido, conforme já afirmado, parece adequado defini-las como *hipóteses de admissibilidade* ou *hipóteses fáticas de admissibilidade* da aplicação da distribuição judicial do ônus da prova.

Nesse sentido, fazendo o dispositivo referência a dois<sup>33</sup> tipos situações concretas que autorizam o juiz excepcionar a aplicação do *caput* do art. 380, desnecessário afirmar que se trata de condições alternativas. Ocorrendo qualquer das duas situações fáticas autorizadoras, cabe a redistribuição do ônus probatório.

Em comparação com o dispositivo constante do anteprojeto, analisado no tópico anterior, os parágrafos do art. 380 são mais completos na previsão de

---

<sup>33</sup> Ou, a rigor, a três tipos diversos de situações concretas, se consideradas distintamente as situações de prova impossível e de prova excessivamente difícil.

requisitos para que se possibilite a inversão. Enquanto o texto do dispositivo do anteprojeto fazia referência de modo vago às “circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado”, relegando toda a responsabilidade quanto à determinação dos casos autorizadores à doutrina e à jurisprudência, a versão apresentada pela Câmara explicita quais são tais condições, o que trará certamente maior segurança jurídica em relação à aplicação do dispositivo.

Prosseguindo, ao lado das condições ou hipóteses de admissibilidade, permaneceram expressamente previstos no dispositivo os requisitos de ordem processual, empregando-se na classificação de Mitidiero e Marinoni (2010, p. 103-104). Esse segundo grupo de condições, que são cumulativas, não se relaciona com a situação concreta judicialmente analisada mas sim com a própria ideia de processo definida na Constituição da República, considerando os atributos que lhe são inerentes – dentre os quais, os princípios da motivação das decisões (art. 93, inc. IX, CRFB) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CRFB). São eles: (1) a fundamentação da decisão que distribui o ônus da prova de modo diverso e (2) a concessão de possibilidade à parte contrária para desincumbir-se do ônus probatório atribuído.

Em síntese, enquanto os requisitos do primeiro grupo relacionam-se à *possibilidade* da dinamização do ônus da prova diante do caso concreto (isto é, perquire-se se o caso autoriza ou não tal inversão), sendo, portanto, pressupostos *fáticos* de admissibilidade da distribuição judicial, os requisitos do segundo grupo relacionam-se especificamente com a validade do ato pelo qual se determina a inversão (presente uma hipótese fática de admissibilidade, mas não respeitados os requisitos de validade, o ato judicial que realizou a redistribuição é nulo).

Por fim, há ainda, no parágrafo §2º do art. 380, uma última condicionante, também vinculada à situação concreta discutida que é a impossibilidade de a decisão que determinar a distribuição do ônus da prova gerar a situação contrária, isto é, a prova impossível ou excessivamente difícil para a parte adversa.

Trata-se, pois, da situação de prova “diabólica” bilateral <sup>34</sup>, que, quando incidente, afasta a admissibilidade da aplicação da dinamização do ônus da prova, sendo, portanto, uma *hipótese de inadmissibilidade*.

Concluindo, conforme o regramento estabelecido no projeto, é necessário, portanto, para que a distribuição judicial do ônus da prova seja válida, (1) que esteja presente uma das hipótese de admissibilidade, (2) que se façam presentes ambas as condições processuais de validade e (3) que não incida, na situação concreta, a hipótese de inadmissibilidade constante do §2º do art. 380. Abaixo, são analisados individualizadamente cada um desses elementos.

#### 3.3.2.2.1. Impossibilidade ou excessiva dificuldade da prova

São as situações de “prova diabólica” unilateral (descritas no tópico 1.1.5.1 da presente monografia), as quais fundamentaram a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

A rigor, impossibilidade e excessiva dificuldade constituem situações diversas, entretanto, parece mais apropriado considerá-las conjuntamente como uma única hipótese de admissibilidade, uma vez que a doutrina jurídica não estabeleceu critérios suficientemente claros para se definir se uma prova é impossível ou excessivamente difícil.

#### 3.3.2.2.2. Maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário

Trata-se de uma inovação incluída no projeto na Câmara dos Deputados e que, como visivelmente se nota, ampliou exponencialmente os poderes do juiz no tocante à redistribuição do ônus da prova, o que certamente renderá discussões doutrinária e jurisprudenciais bastante controversas.

A presença da conjunção alternativa *ou* no texto do dispositivo não deixa dúvidas de que se quis tratar a maior facilidade de produção da prova do fato

---

<sup>34</sup> Tópico 1.1.5.1

contrário como hipótese autônoma de admissibilidade da aplicação da distribuição judicial do ônus da prova.

A hipótese é tão ampla que, inclusive, engloba a outra hipótese prevista: se há impossibilidade ou extrema dificuldade para uma parte e, ao mesmo tempo, não se trata da hipótese do §2º do referido artigo, então necessariamente há maior facilidade de obtenção da prova contrária.

Se tal dispositivo merece ou não críticas pela permissibilidade extremada, é necessário observar antes os efeitos práticos da sua aplicação para que se tire a conclusão. Por outro lado, é certo que a interpretação a lhe ser dada há de ser a mais restritiva o possível, sob pena de se criar uma hipótese tão ampla de redistribuição do ônus da prova que possa ocasionar a inversão entre as regras geral (distribuição fixa do ônus da prova) e especial (distribuição dinâmica)<sup>35</sup>.

Considerando tais fatos, é certamente mais defensável – e, caso não haja a alteração ou exclusão dessas disposições ainda no tramitar do projeto – que a jurisprudência venha a fazer a leitura de “mais fácil” como “substancialmente mais fácil” ou “desproporcionalmente mais fácil”. Nesse caso, estar-se-iam resolvendo de um jeito mais adequado situações que, em que pese não ensejarem prova “diabólica” para uma das partes, a prova do fato contrário é tão mais fácil que seria cabível a inversão, sobretudo considerando os princípios da isonomia e da celeridade processual.

Considerada *a priori*, portanto, a inovação trazida pelo projeto com relação à distribuição judicial do ônus da prova não é nem boa nem ruim: a resposta se dará pela interpretação a ser conferida ao dispositivo, que, conforme se espera, há de ser a mais comedida e restritiva o possível.

---

<sup>35</sup> Porque, vale rememorar, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, na forma idealizada por Peyrano (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 313-314), constitui-se numa hipótese excepcional, a dar conta das situações em que a distribuição fixa demonstra-se inapropriada. Possibilitar ao magistrado gerir o ônus da prova em toda e qualquer situação certamente define-se como algo estranho à ideia defendida pelo referido autor.

3.3.2.2.3. Não ocorrência de impossibilidade ou excessiva dificuldade probatória do fato contrário

Trata-se da hipótese de inadmissibilidade da distribuição judicial, também referente a dado da realidade concreta do caso: a possibilidade de a redistribuição do ônus probatório gerar prova “diabólica” para a parte contrária.

Nota-se que tal situação diz respeito, resumidamente, às denominadas “situações de inesclarecibilidade” (tópico 2.2.1.), ou, ainda, de “prova diabólica” bilateral (tópico 1.1.5.1.).

Não existem soluções tão simples para esse tipo de situação, que, conforme exposto, ainda que possam ser mitigadas, são de certo modo inerentes ao processo judicial e, especificamente, à cognição judicial.

Logo, diante dessas situações de “inesclarecibilidade”, a opção assumida no projeto foi, por assim dizer, a mais resguardada. Definiu-se pela permanência da regra geral (a distribuição fixa do ônus probatório), e como a situação é de aridez probatória, uma vez que ambas as partes encontram-se em incapazes de produzir prova quanto ao mesmo fato, a decisão pautar-se-á necessariamente na aplicação do ônus da prova em seu “sentido objetivo” (tópico 1.1.3.). Em síntese, se a “inesclarecibilidade” incide sobre a existência do fato constitutivo, suportará o ônus o autor; se incidente sobre a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo, suporta o ônus o réu.

Notadamente, é certo que tais situações ensejam e continuarão ensejando violações ao direito ao acesso à Justiça. Afinal, na situação discutida, alguém tem de fato razão (autor ou réu), mas o Poder Judiciário, incapaz de, no caso concreto, identificar quais alegações de fato procedem, profere resposta lastreada em presunções legais, que resolve a situação apenas em um sentido formal.

A ideia de se impedir a redistribuição, nesse sentido, é uma opção razoável, que prima pela segurança e pela previsibilidade, valores a serem também prestigiados no processo enquanto instrumento da garantia dos direitos dos jurisdicionados.



#### 3.3.2.2.4. Fundamentação da decisão e concessão de oportunidade à parte desfavorecida de desincumbir-se do ônus atribuído

Por fim, vale a breve análise dos dois requisitos para a validade da decisão que redistribui o ônus da prova previstas no §1º do art. 380 – os denominados *requisitos processuais*, na definição de Marinoni e Mitidiero (2010, pp. 103-104).

O referido dispositivo foi pródigo ao impor que a decisão que inverte o ônus da prova deve ser motivada, uma vez que tal imposição se estende, como regra, a toda decisão judicial, encontrando amparo no art. 93, inc. IX, da Constituição da República. Mesmo que o projeto fosse absolutamente silente, não restariam por isso dúvidas quanto à inadmissibilidade da redistribuição do ônus da prova por meio de decisão não fundamentada.

Como segundo requisito de validade, consta expressamente a necessidade de que o órgão julgador permita à parte desincumbir-se do ônus que se lhe atribuiu, ainda no correr da instrução. Deve-se, pois, abrir prazo razoável para que a parte desfavorecida exerça o seu direito à prova (agora ciente do que lhe cabe provar no processo, como das consequências da não comprovação da ocorrência ou inoccorrência de determinado fato).

Como explanado no tópico subsequente, a previsão de tal requisito serviu em especial para definir questão bastante controversa na doutrina e na jurisprudência, relativa ao momento processual adequado à inversão ou à redistribuição do ônus da prova.

#### 3.3.2.3. Momento processual (art. 364, inc. III, 380, §1º, e 1.028, XIII)

Os elaboradores do Projeto do Novo Código de Processo Civil tiveram o cuidado de fazer constar de modo explícito e inequívoco que o momento processual mais adequado à distribuição judicial do ônus da prova, quando cabível, é o “despacho” saneador. Dita o art. 364, *caput* e inc. III, do projeto:

Art. 364. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 380;

A respeito do “despacho” saneador, vale que se façam alguns esclarecimentos: antes de tudo, *inequivocamente não se trata de um despacho mas sim de uma decisão interlocutória* (MOREIRA, *apud* DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 551). É o momento processual em que o juiz, considerando as alegações das partes e as provas cuja produção tenha sido requerida, planeja a instrução processual, fixando os pontos controvertidos e designando, se julgar cabível, data para a realização da audiência de instrução e julgamento.

A expressa previsão da fase de saneamento do processo como momento mais adequado à redistribuição judicial do ônus probatório significou a prevalência da opinião da parcela da doutrina e da jurisprudência que vinham defendendo a inversão (tal como a redistribuição) do ônus da prova como sendo *regra de instrução*, e não *de julgamento*.

Tal discussão surgiu com o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, prevendo a possibilidade da inversão do ônus da prova, mas sem especificar o momento cabível.

Àqueles que entendem tratar-se de regra de julgamento, que analisam a questão do ônus da prova acentuando o seu aspecto objetivo (tópico 1.1.3.), seria cabível a inversão na sentença. Por outro lado, àqueles que dão mais atenção ao seu aspecto subjetivo, o momento adequado seria durante a instrução.

A discussão é bastante controversa, tanto na doutrina como na jurisprudência. Embora o posicionamento mais recente do STJ sobre o assunto, consubstanciado na decisão dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 422.778 – SP<sup>36</sup>, seja no sentido de que a inversão do ônus da prova é regra de instrução, a questão, mesmo nessa corte de superposição, nos últimos anos tem ensejado decisões por vezes diametralmente antagônicas.

---

<sup>36</sup> Transcrição da ementa do referido acórdão na p. 80 desta monografia.

Não restam dúvidas de que, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, é mais adequado momento prévio à sentença para a fixação do ônus da prova, ou, ainda melhor, prévio à própria instrução, no saneamento.

Vale destacar também que a regra do art. 364, inciso III, em nenhum momento restringe a possibilidade da redistribuição ao despacho saneador. Trata-se, de fato, do primeiro momento em que o juiz deve se debruçar sobre a questão (e, caso entenda devido, desde logo distribuir diversamente o ônus probatório). Contudo, por outro lado, não há que se falar em preclusão *pro judicato* quanto a essa possibilidade. Se somente no correr da instrução é que o juiz nota a existência de efetiva disparidade probatória, deverá decidir determinando a redistribuição do ônus.

A real limitação que se impõe ao juiz é o requisito da parte final do §1º do art. 380, qual seja a necessidade de que, qualquer que seja o momento em que se determine a redistribuição, dê-se oportunidade à parte para “desincumbir-se do ônus” - ou seja, se manifestar, inclusive por meio da produção de prova - antes do julgamento definitivo da causa.

Logo, o único momento de fato excluído pela norma é a sentença. É possível, por exemplo, que o juiz reconheça o cabimento da inversão após o oferecimento de alegações finais, cabendo, nesse caso, dar nova oportunidade à parte que tenha sido onerada para manifestar-se, quanto à redistribuição, bem como para produzir prova.

O projeto indica o momento da redistribuição ainda uma terceira vez, no art. 1.028, inc. XIII, ao se prever, no rol de hipóteses para a interposição de agravo de instrumento, o recurso cabível contra a *decisão interlocutória* (e não a sentença) que redistribuir o ônus da prova. O agravo de instrumento, oportuno ressaltar, somente poderá ser interposto nas situações previstas nesse rol – mais uma mudança no sentido de simplificar o sistema recursal.

### 3.3.3. Distribuição convencional do ônus da prova (art. 380, §3º e 4º)

Por fim, como última modalidade de distribuição do ônus probatório, podem as partes formalizar negócio jurídico processual estabelecendo imposição de ônus diferenciada.

Conquanto a redação dos dispositivos concernentes à distribuição convencional do ônus da prova tenha sido integralmente reformulada (tornando-se de fato mais clara<sup>37</sup>), o projeto, em relação à legislação vigente, pouco inovou nessa modalidade de distribuição de prova, de aplicabilidade bastante reduzida. A redação do projeto é a seguinte:

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

As exceções à possibilidade permanecem as mesmas. Os direitos indisponíveis não são passíveis de qualquer tipo de transação, incluindo-se, pois, o acordo com relação ao ônus da prova. No parágrafo segundo, considera-se a possibilidade de, com o acordo, assumir uma das partes o ônus de “prova diabólica”, sendo, nessa situação, igualmente vedada a distribuição convencional.

A maior inovação consiste no parágrafo segundo, norma permissiva que deixa expressa a possibilidade de o acordo com relação ao ônus da prova ser celebrado quer antes do processo, quer durante o seu transcorrer.

Ambas as situações são bastante raras. A distribuição convencional do ônus da prova no correr do processo parece não se compatibilizar com a adversidade naturalmente existente entre as partes no processo judicial. Se existente a adversidade, imponderável qualquer tipo de convenção probatória, que, em relação à distribuição legal, sempre será desfavorável a uma das partes. Se inexistente a

---

<sup>37</sup> A redação no atual CPC furta-se a afirmar a possibilidade da distribuição convencional do ônus da prova, trazendo, de modo invertido e sem qualquer motivo para tanto, apenas as situações em que tal modalidade é vedada. “Art. 333. [...] Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

adversidade, a situação se conclui na conciliação entre as partes, com o ajuste de um acordo a ambas satisfatório. Considerando tudo isso, não parece haver, em nossa opinião, um motivo real para que as partes venham a acordar, no correr do processo, com relação à distribuição do ônus probatório.

A convenção formalizada antes do processo é uma situação menos insólita. Constando, por exemplo, como cláusula de determinada avença, a convenção seria apenas parte integrante de uma série de acertos estabelecidos entre as partes, com a qual vale a aquiescência para a parte a que se impõe a situação probatória menos favorável do que a prevista em lei, desde que a contratação, como um todo, seja comutativamente justa.

É ainda uma situação muito comum nos contratos de adesão, marcados por um forte desequilíbrio no poder de barganha das partes, motivo pelo qual o Código de Defesa do Consumidor veda, nesse tipo de contrato, o estabelecimento de cláusulas que proponham a inversão do ônus da prova em desfavor do consumidor (art. 51, inc. VI).

Em suma, a convenção probatória merece um especial cuidado por parte do magistrado, visando evitar situações nitidamente ilícitas, voltadas para impedir o efetivo exercício do direito à apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito, o direito à prova, ou mesmo o direito à igualdade e ao contraditório (art. 5º, inc. LV) (LEONARDO, 2004, p. 228).

Em que pese o dispositivo sob análise dispor genericamente que cabe a inversão convencional do ônus da prova *durante* o processo, parece lógico, por outro lado, que tal acordo não pode ser formalizado a qualquer momento durante o processo, mas tão somente até o encerramento da instrução.

Não fariam sentido situações tais como um acórdão contrastante com a sentença prolatada em primeiro grau pelo motivo de as partes, entre a publicação de uma e outro, terem convencionado redistribuir o ônus probatório. E, ainda que não conste dentre as limitações à distribuição convencional definidas nos incisos do §3º do art. 380, parece decorrer dos poderes instrutórios do juiz e do caráter público do processo judicial que não podem as partes acordar com relação ao ônus probatório quanto o julgador já houver realizado a redistribuição com base no §1º do mesmo artigo.

## CONCLUSÃO

O objetivo principal assumido com a presente monografia foi demonstrar a importância de que se reveste a inserção no Projeto do Novo Código de Processo Civil de regulamentação mais eficiente no que tange à distribuição do ônus da prova - particularmente por prever expressamente a possibilidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório -, buscando, ainda, demonstrar a confluência de tais implementações legais com diretrizes englobadas pela terceira “onda” renovatória do acesso à Justiça, na definição da Mauro Cappelletti e Brian Garth.

Projetando tal objetivo, iniciou-se o estudo com a exposição de conceitos-base para a abordagem do tema pretendido, tais como os de prova jurídica<sup>38</sup>, ônus da prova<sup>39</sup> e “prova diabólica”<sup>40</sup>, dentre outros termos recorrentes ao longo da exposição, com a finalidade de tornar clara a significação com que neste trabalho se empregaram.

Expuseram-se também, com o mesmo propósito, os três mais conhecidos sistemas de valoração probatória<sup>41</sup>, situando o modelo brasileiro de processo civil como adepto do *livre convencimento motivado*. Fez-se referência ainda às controvérsias doutrinárias existentes acerca da natureza jurídica das normas relativas à matéria probatória<sup>42</sup>.

Em seguida, traçou-se, de maneira sintética, a história da prova jurídica<sup>43</sup>, buscando comparar a significação e o emprego atribuídos à prova em três momentos distintos da História: na Antiguidade, especificamente com os romanos<sup>44</sup>; na Idade Média<sup>45</sup> e, finalmente, na Idade Moderna<sup>46</sup>.

---

<sup>38</sup> Tópico 1.1.1., p. 15.

<sup>39</sup> Tópico 1.1.3., p. 20.

<sup>40</sup> Tópico 1.1.5.1., p. 25.

<sup>41</sup> Tópico 1.1.4., p. 23.

<sup>42</sup> Tópico 1.1.2., p. 18.

<sup>43</sup> Tópico 1.2., p. 27.

<sup>44</sup> Tópico 1.2.1., p. 28.

<sup>45</sup> Tópico 1.2.2., p. 30.

<sup>46</sup> Tópico 1.2.3., p. 34.

Com relação a essa parte do estudo, e iniciando o raciocínio que pauta a conclusão estabelecida a partir da presente monografia, observou-se que o emprego da prova como ferramenta para a *reconstrução de fatos* - sendo essa função da prova algo indissociável da ideia de processo, ao menos em sua significação moderna - foi algo iniciado pela civilização romana e retomado somente a partir do Renascimento, com o redescobrimto das fontes clássicas do Direito e, em especial, da Codificação de Justiniano (*Corpus Juris Civilis*).

Durante a Idade Média, portanto, a resolução de conflitos, em determinadas situações, desprezava o procedimento racional que caracteriza o resgate das causas do conflito, a representação dos fatos em si, para se entregar a responsabilidade por uma resposta (pretensamente) justa ao litígio a entidades sobrenaturais, as quais se manifestavam a partir de experimentos (“provas”, aqui numa significação nitidamente distinta), em grande parte das vezes martirizantes às “partes” (se não é certo que se possa falar de *processo* com relação a tais procedimentos, todos os conceitos que derivam dessa noção devem ser empregados, também, com a devida ressalva).

Com relação a isso, a primeira conclusão que deve ser estabelecida (apesar de tratar-se da constatação de algo evidente) é a de que o resgate da função do processo enquanto mecanismo racional de reconstrução dos fatos significou um avanço fundamental no estabelecimento de soluções verdadeiramente válidas aos conflitos interpessoais postos à apreciação estatal.

No entanto, é preciso considerar que, se de um lado a racionalidade da reconstrução fática aprimorou (ou caracterizou) a ideia processo, garantindo respostas mais seguras e justas aos litígios por parte do Estado, pelo outro, condicionou a possibilidade de tais respostas ao esclarecimento dos fatos no âmbito do processo, o que nem sempre se faz possível.

A situação judicialmente “inesclarecível”, e por isso não dedutível à racionalidade do processo, tornou-se (e permanece sendo) uma espécie de “ponto cego” da atividade jurisdicional, diante da qual a solução possível é quase sempre uma solução meramente formal – no caso do Processo Civil Brasileiro, aplica-se a distribuição do ônus da prova em seu “sentido objetivo” para determinarem-se vencedor e vencido da demanda.

Tais situações “inesclarecíveis” são, portanto, inelimináveis de modo absoluto: incidirão em maior ou menor grau, a depender da regulamentação prevista em determinado ordenamento quanto à atividade probatória (e de alguns outros fatores), mas, de qualquer forma, *sempre* incidirão.

Dessa última constatação ocupou-se o tópico Cognição e Verdade no Processo<sup>47</sup>, ainda no primeiro capítulo da monografia, onde se definiram os conceitos de cognição e verdade em sentido amplo<sup>48</sup> e na acepção própria do Direito Processual<sup>49</sup>, bem como se identificaram as limitações à atividade de conhecimento no processo, das quais a racionalidade e o metodismo da atividade processual ensejaram o surgimento. São elas: (1) a vinculação da cognição à finalidade da atividade processual, (2) a intertemporalidade, no processo, da atividade cognitiva e (3) o método legal da comprovação judicial<sup>50</sup>.

Dentre esses limites, conveio ressaltar o último deles, correspondente à vinculação da cognição às normas que regulamentam a atividade processual. O processo, no seu sentido contemporâneo e constitucional, não é uma inquisição, sendo absolutamente inócua, porquanto inválida, uma cognição mais fiel à realidade dos fatos obtida a partir da infringência das normas preestabelecidas. Em síntese, a validade condiciona a verdade no âmbito do processo<sup>51</sup>.

Em um conjunto normativo (tome-se o direito processual civil brasileiro), porém, existem normas e normas: há aquelas que restringem a cognoscibilidade das situações postas à apreciação judicial com o fim de preservar valores afetos à própria noção de processo - o melhor exemplo são as inúmeras restrições à busca da verdade na atividade processual que decorrem das garantias previstas no art. 5º da Constituição – mas, noutro lado, há normas que exercem papel restritivo na atividade cognitiva processual simplesmente por impropriedade técnica, as quais merecem, por conta disso, aprimoramento ou substituição.

O art. 333 do atual Código de Processo Civil enquadra-se nessa última situação, quando o caso concreto analisado constitui uma situação de “prova

---

<sup>47</sup> Tópico 1.3., p. 37.

<sup>48</sup> Tópico 1.3.2., p. 39.

<sup>49</sup> Tópico 1.3.1., p. 37.

<sup>50</sup> Tópico 1.3.3., p. 41.

<sup>51</sup> Tópico 1.3.3.3., p. 45.



diabólica” unilateral. Nessa situação, o fato de os critérios distributivos determinados em lei atribuírem à parte ônus probatório com o qual não possa cumprir obstaculiza que o Poder Judiciário *conheça* a situação de maneira suficientemente adequada.

E o comprometimento da cognição processual repercute, conseqüentemente, como obstáculo à justeza da prestação jurisdicional fornecida à realidade do caso concreto: ocorrem casos em que o autor se vê impedido de obter da Justiça aquilo que lhe é devido, por não esclarecer os fatos constitutivos de seu direito, como também ocorrem casos em que o autor obtém judicialmente vantagem que não lhe competia, em virtude da impossibilidade de o réu comprovar eventual fato extintivo ou impeditivo. Oportunamente, no célebre brocardo latino “dá-me os fatos e dar-te-ei o direito” (“*da mihi factum, dabo tibi ius*”), está de certa forma implícito que se os fatos são “dados” de forma incompleta, a prestação jurisdicional será, igualmente, deficitária.

Em face disso, e considerando as numerosas demandas que, postas à apreciação da Justiça, são decididas de forma imperfeita em virtude da regulação inflexível da distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do Código, verifica-se que tal situação diz respeito essencialmente à temática do *acesso à Justiça*, de que cuidou o Capítulo 2 do presente trabalho, realizando-se, em um primeiro momento, uma exposição teórica quanto aos significados assumidos pela referida expressão<sup>52</sup>. Concluiu-se que o termo *acesso à Justiça* é empregado tanto em referência a um direito subjetivo<sup>53</sup> como em relação a um (meta)princípio constitucional<sup>54</sup>, ou ainda, em um sentido amplo, a uma temática de estudo, a qual não se adstringe necessariamente à Ciência do Direito.

O estudo teórico do conceito constituiu pressuposto às considerações subsequentes, da mesma forma que a análise teórica do conceito de prova e correlatos. Em virtude disso, cumpriu descrever as diretrizes definidas por cada uma das três “ondas”, na expressão cunhada por Cappelletti e Garth, do movimento renovatório do acesso à Justiça<sup>55</sup>, enfatizando-se as proposições englobadas pela terceira “onda”, haja vista ser a que guarda relação de maior proximidade com a

---

<sup>52</sup> Tópico 2.1., p. 49.

<sup>53</sup> Tópico 2.1.1., p. 51.

<sup>54</sup> Tópico 2.1.2., p. 53.

<sup>55</sup> Tópico 2.1.3., p. 56.

questão da adaptação dos mecanismos processuais (incluindo-se, aqui, a questão do ônus probatório) à variedade das situações de que deve dar conta o Poder Judiciário.

Realizada a mencionada digressão teórica acerca do conceito de *acesso à Justiça*, prosseguiu-se no raciocínio anteriormente projetado, reafirmando a relação existente entre a impropriedade do art. 333 do atual Código de Processo Civil diante especificamente das situações de prova “diabólica” unilateral e a temática do acesso à Justiça<sup>56</sup> e apresentando, como solução, a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório – fazendo-se referência à sua origem e âmbito de aplicabilidade<sup>57</sup> e, finalmente, expondo o uso que dela tem sido feito pela jurisprudência brasileira, orientada por decisões do Superior Tribunal de Justiça<sup>58</sup>.

A partir das decisões analisadas, concluiu-se que existe base jurídica para a aplicação da teoria diante do ordenamento jurídico brasileiro tal como ele é – ou seja, sem “inventismo” jurídico, mas a partir de uma leitura meramente sistêmica e atenta à principiologia constitucional das normas processuais em questão.

A contradição que se deve ressaltar, contudo, é que o que a jurisprudência tem feito (com acerto) diante de tais situações, é o afastamento da aplicação do Código de Processo Civil com o escopo de garantir a efetividade do próprio processo civil - o que não corresponde senão a uma incompatibilidade do referido diploma com os ditames constitucionais, no que diz respeito às situações excepcionais de dificuldade probatória unilateral.

Não é por outro motivo que, em resposta à situação descrita nos dois primeiros capítulos, o regramento do Projeto do Novo Código de Processo Civil, de que cuidou especificamente o último capítulo do trabalho, consagra tratamento mais adequado à situação da impossibilidade probatória de uma das partes, ao trazer norma excepcional lastreada na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, considerando, com isso, a hipossuficiência probatória como uma circunstância determinante na atribuição do ônus probatório.

---

<sup>56</sup> Tópico 2.2.1., p. 66.

<sup>57</sup> Tópico 2.2.2., p. 68.

<sup>58</sup> Tópico 2.3., p. 72.

Com a mesma preocupação de situar a questão em análise presente nos capítulos anteriores, buscou-se, antes de falar propriamente da questão do ônus da prova, fazer uma breve apresentação do Projeto do Novo Código de Processo Civil, expondo quais as preocupações que indicaram a necessidade de um novo código, o histórico de tramitação do projeto até o momento da conclusão desta monografia<sup>59</sup> e as principais inovações nele existentes em relação ao diploma em vigor<sup>60</sup>.

Por fim, encerrou-se o desenvolvimento com a descrição do tratamento dispensado ao tema da distribuição ônus da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil, desde a sua concepção original – o anteprojeto apresentado por comissão de juristas ao Senado Federal – até a versão aprovada pela Câmara dos Deputados em 26.11.2013.

Nesse último capítulo, o enfoque não se restringiu, portanto, à positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova - embora, em se tratando da principal inovação do projeto com relação ao tema, tenha sido notoriamente o ponto a que se deu prioridade. Foram feitas também considerações em relação à discreta alteração trazida pelo projeto em relação à norma que prevê a distribuição convencional do ônus da prova<sup>61</sup>, como também em relação ao tratamento dispensado à distribuição fixa do ônus da prova – destacando-se a possível perda da oportunidade de se positivar, no lugar da norma do *caput* e incs. I e II do art. 380 (que reproduz o art. 333, *caput* e incs. I e II, do diploma vigente), outra norma de maior rigor técnico-científico, constante de diplomas estrangeiros<sup>62</sup>.

Com relação especificamente à distribuição judicial do ônus da prova<sup>63</sup>, coube destacar que, em que pese a positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus tenha constado do projeto desde a sua concepção (no anteprojeto), houve, de lá para cá, alterações substanciais nos dispositivos que regulamentam o tema, as quais não se restringiram a mera readequação textual. Pareceu, portanto, adequada a destinação de uma seção do trabalho à análise especificamente da ideia original

---

<sup>59</sup> Tópico 3.1., p. 83

<sup>60</sup> Tópico 3.2., p. 87.

<sup>61</sup> Tópico 3.3.3., p. 108.

<sup>62</sup> Tópico 3.3.1., p. 91.

<sup>63</sup> Tópico 3.3.2., p. 95.

trazida à apreciação do Congresso<sup>64</sup>, a fim de possibilitar a contraposição em relação à versão atual.

Com relação ao dispositivo existente no anteprojeto que previa que a redistribuição do ônus probatório não implicaria a redistribuição do respectivo encargo financeiro (art. 262, §2º), vale ressaltar mais uma vez a crítica à solução adotada pela Câmara com o objetivo de fazer constar no projeto o entendimento contrário, que foi excluir o referido dispositivo, em vez de, como seria adequado, reformá-lo, definindo que a alteração do ônus da prova de determinado fato implica, sim, a transferência do respectivo encargo financeiro (ou mesmo que tal questão deve ser decidida pelo juiz da causa).

Na análise do tratamento dispensado à distribuição judicial do ônus da prova na versão atual do projeto<sup>65</sup>, identificaram-se os requisitos nele previstos para que a mesma seja possível, classificados em (1) requisitos fáticos de admissibilidade<sup>66</sup>, que correspondem às situações concretas que autorizam o julgador a redistribuir o ônus da prova - (a) a impossibilidade ou excessiva dificuldade da prova para uma das partes e (b) a maior facilidade de se obter a prova do fato contrário – e (2) requisitos de validade<sup>67</sup>, que devem ser observados pelo juiz ao realizar a redistribuição em atenção aos princípios constitucionais do contraditório e da fundamentação das decisões – a necessidade (a) de que a decisão seja fundamentada e (b) de que seja dada oportunidade à parte desfavorecida pela redistribuição de se manifestar nos autos antes da sentença.

Vale, na presente conclusão, trazer as ressalvas feitas com relação à inovadora hipótese da maior facilidade da prova do fato contrário como hipótese autônoma de admissibilidade da aplicação da distribuição judicial do ônus da prova. Pela amplitude da aplicabilidade dessa hipótese, o texto do projeto, se interpretado literalmente, constitui uma hipótese demasiadamente genérica de aplicabilidade da distribuição judicial do ônus da prova, o que pode acabar por desvirtuar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, na medida em que a excepcionalidade é um elemento que lhe é intrínseco.

---

<sup>64</sup> Tópico 3.3.2.1., p. 95.

<sup>65</sup> Tópico 3.3.2.2, p. 100.

<sup>66</sup> Tópico 3.3.2.2.1., p. 102.

<sup>67</sup> Tópico 3.3.2.2.2., p. 103.

Nesse sentido, e permanecendo tal previsão com a conversão do projeto em lei, entende-se que caberá à jurisprudência realizar uma interpretação restritiva do dispositivo, entendendo-se a *maior facilidade* como referente a uma desproporcionalidade acentuada de possibilidades probatórias, que, em que pese não caracterizar situação de prova impossível para uma das partes, sugira, com base nos princípios constitucionais da isonomia e da celeridade, a redistribuição do ônus probatório - isso a fim de se evitar que as regras geral e excepcional acabem por se inverter.

Continuando, fez-se referência à hipótese prevista no §2º do art. 380 – a situação em que a inversão do ônus da prova gera a impossibilidade ou a excessiva dificuldade do ônus da prova, identificando-a como uma hipótese de inadmissibilidade da distribuição judicial do ônus da prova<sup>68</sup>. Trata-se das situações bilaterais de prova impossível ou excessivamente difícil (as ditas situações absolutamente “inesclarescíveis”), em relação às quais o tratamento conferido pelo projeto foi resguardado: mantém-se a regra geral, o que, nessa situação, significa dizer que se aplica o ônus da prova em seu sentido objetivo (a resposta judicial formalista, e em alguns casos inevitável, de que tratamos linhas acima).

Portanto, se o tratamento do Projeto do Novo Código de Processo Civil conferido à situação de “prova diabólica” unilateral foi bastante inovador em comparação ao “Código Buzaid”, com relação às situações de “prova diabólica” bilateral, que consistem em um dilema severamente mais complexo, não houve quaisquer alterações.

Por fim, abordou-se a previsão no Projeto do Novo Código de Processo Civil do momento processual adequado à redistribuição do ônus da prova<sup>69</sup>, que é, conforme, os arts. 364, inc. III, 380, §1º, e 1.028, inc. XIII, preferencialmente o “despacho” saneador (sendo possível, contudo, em decisão interlocutória que lhe seja posterior), proscrevendo-se a redistribuição do ônus da prova no momento da sentença. Portanto, com o Novo Código de Processo Civil, restará selada a antiga controvérsia jurisprudencial e doutrinária com relação a tal questão (ressaltando-se

---

<sup>68</sup> Tópico 3.3.2.2.3., p. 104.

<sup>69</sup> Tópico 3.3.2.3., p. 105.

que o dispositivo seguramente se aplicará também com relação à inversão do ônus da prova constante do Código de Defesa do Consumidor).

Sem dúvidas, nesse ponto prevaleceu o posicionamento mais atento à principiologia constitucional processual, considerando-se em especial o princípio do contraditório.

Por fim, como conclusão geral da presente monografia, cabe afirmar que, sem deixar de considerar as observações e críticas trazidas ao longo do trabalho e sintetizadas nesta conclusão, a disciplina trazida no Projeto do Novo Código de Processo Civil com relação à distribuição do ônus da prova é não só inovadora em relação ao diploma processual vigente mas também representativa de um avanço em direção à construção no Brasil de um sistema de Justiça menos formalista e mais eficiente.

Ou ainda, de um sistema de Justiça que trabalha menos com presunções jurídicas (como é o caso da consideração do ônus da prova no seu sentido objetivo) e mais com a participação das partes e com a reconstrução dos fatos da causa.

Não há dúvidas, portanto, de que o aprimoramento legislativo ora tratado, que de certo modo se resume a apenas um artigo (tomando-se como correspondentes os arts. 333 do diploma em vigor e 380 do projeto), tem aptidão de gerar repercussões verdadeiramente significativas, garantindo aos juízes e às partes maior segurança na aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e, com isso, possibilitando que a resposta judicial a se fornecer ao jurisdicionado corresponda aos direitos que efetivamente possui.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sergio Cruz. *Ônus da Prova e sua modificação no Processo Civil Brasileiro*. Academia Brasileira de Direito Processual.

\_\_\_\_\_. *A Verdade e a Prova no Processo Civil*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acessado em 09 de abril de 2013.

ARGENTINA. *Ley nº 17.454*. Código Procesal Civil y Comercial de La Nación. Buenos Aires: Imprensa Oficial, 1981.

AVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009.

BAZARIAN, Jacob. *O Problema da Verdade: teoria do conhecimento*. 2ª Ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1985.

BAZZANEZE, Thaís. *Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à Justiça*. *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 37, n. 205, pp. 55-88, mar. 2012.

BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 03 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Vade Mecum. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 1.608 de 1939*. Código de Processo Civil (revogado). Brasília: Imprensa Oficial, 1939.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 5.452 de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Vade Mecum. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.016 de 2009*: Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Vade Mecum. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 3.689 de 1941*: Institui o Código de Processo Penal. Vade Mecum. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.869 de 1973*: Institui o Código de Processo Civil. Vade Mecum. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.347 de 1985*: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor

artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Vade Mecum. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078 de 1990*: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Vade Mecum. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.952 de 1994*: Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Vade Mecum. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 166 de 2010*. Projeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 8046 de 2010*. Projeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 216.315/RS*. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. 06 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 422.778/SP*. Relator Ministro João Otávio de Noronha. 21 de junho de 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 422.778/SP*. Relator Ministro João Otávio de Noronha. 21 de junho de 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 69.309/SC*. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 26 de agosto de 1996.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 883.656/RS*. Relator Ministro Herman Benjamin. 28 de fevereiro de 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 972.902/RS*. Relatora Ministra Eliana Calmon. 23 de novembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 630.147*. Relator Ministro Ayres Britto. 05 de dezembro de 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. *Apelação Cível nº 44.4487*. Relator Desembargador Federal Paulo Gadelha. 28 de outubro de 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. *Apelação Cível nº 20058000094897*. Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt. 06 de novembro de 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação Cível nº 200051070009397*. Relatora Desembargadora Federal Salete Macalóz. 12 de agosto de 2009.



BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual: procedimento comum: ordinário e sumário* (Vol. 2, tomo II). 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

\_\_\_\_\_, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_, Alexandre Freitas. *O Acesso à Justiça no Plano dos Direitos Humanos*. In: *Acesso à Justiça* (org. Raphael Augusto Sofiati de Queiroz). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça como Programa de Reformas e Método de Pensamento*. *Revista Forense*, Editora Forense, Rio de Janeiro v. 104, n. 395, pp. 211-224, jan./fev. 2008.

\_\_\_\_\_; GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CESAR, Alexandre. *Acesso à Justiça e Cidadania*. Cuiabá: Editora UFMT, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*; tradução de Hermínio A. Carvalho. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II 6ª Ed. Salvador: Podium, 2011.

\_\_\_\_\_; ZANETI JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. IV. 7ª Ed. Salvador: Podium, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ESPANHA. *Ley 1/2000*. Ley de enjuiciamiento civil. Madrid: Imprensa Oficial, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil* – tomo I. 1ª Ed. Campinas: Bookseller, 2003.

GORGEN, Jerônimo. *Relatório Parcial: processo de conhecimento (arts. 292 a 499) e cumprimento de sentença (arts. 500 a 523)*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HERZL, Ricardo Augusto. *Neoprocessualismo, Processo e Constituição: tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo*. Orientador Eduardo de Avelar Lamy. Dissertação de mestrado da UFSC. Florianópolis, 2012.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (tradução João Baptista Machado) 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Curso de Direito Processual Civil*. 1ª Ed. Vol. I. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional* Vol. I. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES, João Batista. *Ônus da Prova e Teoria das Cargas Dinâmicas no Código de Processo Civil*. Revista de Processo, Revista dos Tribunais, n. 37, v. 204, pp. 232-241, fev. 2012.

LOSANO, Mario G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. Revista Forense, Editora Forense, Rio de Janeiro, v. 108, n. 415, pp. 139-168, jan./jun. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil vol. I: teoria geral do processo*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Formação da Convicção e Inversão do ônus da Prova segundo as Peculiaridades do Caso Concreto*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2006. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=32>>. Acesso em 03 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, v. 2. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Prova*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Processo Civil*, v. 2. 2ª Ed. Campinas: Millennium, 1998.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *O Direito Romano e seu Surgimento no Final da Idade Média*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*, 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à Justiça: um princípio em busca de efetivação*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILHOMENS, Jônatas. *A Prova no Processo*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Justo, Colaboração e Ônus da prova*. Rev. TST, Brasília, vol. 78, no1, jan/mar 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 9º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ônus da Prova e o Projeto de Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 100, n. 913, p. 301-322, nov. 2011.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. 2ªEd. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. v. 1. 1ª Ed. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. v. 2. 1ª Ed. Campinas: Bookseller, 2000.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das Normas sobre Prova*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8º Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental*. v.1. 1ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. In: João Guimarães Rosa: Ficção completa. v.2. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 2013.018729-2*. Relator Desembargador José Carlos Carstens Köhler. 23 de abril de 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. I. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Vol I. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

\_\_\_\_\_. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. vol. IV. 3ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1966.

\_\_\_\_\_. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. vol. V. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1955.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. Tomo 1: processo de conhecimento. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Paulo Henrique Martins da. *Breves Considerações sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil – PLS 166*. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). *Processo Civil em Movimento: diretrizes para o novo CPC* Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Apontamentos acerca do Princípio Constitucional do Acesso à Justiça*. In: Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União. Ano II – nº 6 – Jan/mar. de 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 53ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.